

BORTFALL AV LEVERANDØRENS SEPARATISTRETT I VARER BESTEMT FOR VIDERESALG

Kandidatnr: 208

Veileder: Kristin Normann Aarum

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 17996 ord

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	TEMA OG HOVEDPROBLEMSTILLING	1
1.2	FORUTSETNINGER OG PRESISERINGER	1
1.3	HISTORIKK	2
1.4	RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER	4
2	<u>VILKÅRENE FOR SEPARATISTRETT</u>	7
2.1	INNLEDNING	7
2.2	KOMMISJONSORDNINGENS PRAKTISKE BETYDNING	9
2.3	KOMMISJONSLOVEN	10
2.3.1	”I EGET NAVN”	12
2.3.2	”FOR EN ANDENS REGNING”	13
2.4	PANTELOVEN	13
2.5	GRENSEDRAKNINGEN MELLOM KOMMISJON OG EGENHANDEL	17
2.5.1	PARTENES KLASSIFISERING	18
2.5.2	RETURADGANG	20
2.5.3	INNTEKTS- OG UTGIFTSFORDELING	22
2.5.4	ANDRE MOMENTER	23
3	<u>BORTFALL AV SEPARATISTRETT</u>	25
3.1	INNLEDNING	25
3.2	BORTFALL VED FAKTISKE DISPOSISJONER	26
3.2.1	SAMMENBLANDING MED ANDRE VARER	26
3.2.1.1	Hva kan kommittenten gjøre for å hindre bortfall ved sammenblanding?	30
3.2.2	FAKTISKE FORANDRINGER AV DE OVERLEVERTE VARER	33
3.3	BORTFALL VED KOMMISJONÆRENS SELVINNTREDE	36
3.3.1	HVA KAN KOMMITTENTEN GJØRE FOR Å HINDRE BORTFALL VED SELVINNTREDE?	40
3.4	BORTFALL VED SALG	43
3.4.1	BERETTIGET SALG	44
3.4.2	UBERETTIGET SALG	44

3.4.3	HVA KAN KOMMITTENTEN GJØRE FOR Å HINDRE BORTFALL VED SALG?	49
3.5	BORTFALL VED ANDRE FORFØYNINGER ENN SALG	49
3.5.1	INNLEDNING	49
3.5.2	GAVER	50
3.5.3	PANTSETTELSE	52
3.5.3.1	Håndpant	52
3.5.3.2	Varelagerpant	53
4	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>

1 Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstilling

Tema for denne oppgaven er reglene om leverandørens separatistrett i forhandlers konkurs i hva som kan betegnes som et videresalgsscenario. Hovedproblemstillingen er i hvilke tilfeller leverandørens separatistrett faller bort. Herunder vil spørsmålet om hva leverandøren kan gjøre for å hindre bortfall av separatistretten behandles.

Separatistrett kan beskrives som retten til å ta ut et bestemt formuesgode av et konkursbo uavhengig av dekningsrekkefølgen i dekningsloven kap 9¹, for eksempel som følge av eiendomsrett eller sikkerhetsrett.² Separatistrett innebærer således en fortrinnsrett til dekning som er knyttet til et bestemt formuesgode.

Videresalgsscenarioet kan beskrives som et avtaleforhold mellom leverandør og forhandler om at forhandleren skal kunne selge de varer leverandøren overleverer til ham videre til tredjemann. Varene som overleveres forhandler er altså bestemt for videresalg.

1.2 Forutsetninger og presiseringer

I forhold til skisseringen av videresalgsscenarioet er det nødvendig med noen forutsetninger og presiseringer.

For det første forutsettes det at forhandler er under konkursbehandling. Det er således konflikten mellom leverandøren på den ene siden og konkursboet eller eventuelle sikrede kreditorer med konkurrerende rettigheter i det aktuelle formuesgodet på den annen, som er gjenstand for drøftelse i oppgaven.

¹ Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr.59

² Se Sæbø i LoR 1996 s 123

Videre forutsettes det at varene er bestemt for videresalg, at de ikke er betalt av forhandler når konkursen inntreffer, og at de er overlevert forhandler før konkursåpning. I de tilfeller der varene ikke er overlevert før konkurs inntreffer, oppstår spørsmålet om leverandøren har stansningsrett overfor forhandler, jf. deknl. § 7-2. Stansningsretten drøftes ikke i denne oppgaven.

En ytterligere forutsetning er at forhandlers rett til å sitte med varene og til å videreselge dem, har grunnlag i gyldig avtale. Dersom avtalen er ugyldig, kan leverandøren kreve separatistrett i forhandlers konkurs alene av denne grunn.³ Dette faller imidlertid utenfor rammen for denne oppgaven. Jeg avgrenser også mot de tilfeller der varene kun er betrodd skyldneren. Det vil si tilfeller hvor forhandler kun har varene til leie, forvaring, håndpant etc.

Det forutsettes også at varen er en løsørejenstand. Således foretas det en avgrensning mot separatistrett i andre formuesgoder som for eksempel verdipapirer eller fast eiendom. Jeg avgrenser også mot separatistrett i midler som trer i stedet for varen. En behandling av de problemstillinger som reiser seg omkring surrogater ville blitt for omfattende, som følge av de formelle begrensningene som er satt for en oppgave som denne.

En siste forutsetning er at forhandler skal selge varen i eget navn. Dette innebærer at det foretas en vesentlig innsnevring av videresalgsscenarioet ved å avgrense mot fullmaktsforhold og agentavtaler.

1.3 Historikk

I dette avsnitt vil det bli gitt et historisk tilbakeblikk på utviklingen av reglene om leverandørens separatistrett i varer bestemt for videresalg. Fremstillingen vil konsentrere seg om egenhandeltilfellene. Det vil si de tilfeller der forhandler handler for egen regning og leverandørens eiendomsforbehold i de overleverte varer er en avtale om salgspant. Grunnen til at det er hensiktsmessig med en historisk oversikt over reglene

³ Se Andenæs, Konkurs s 113

omkring salgspant, er at vi da lettere kan forstå hvorfor lovgivningen er utformet som den er i dag.

I 1860-70 årene dukket konstruksjonen eiendomsforbehold i sikringsøyemed opp. Ved at selgeren tok eiendomsforbehold i den solgte gjenstanden, hadde han den sikkerhet at han kunne ta gjenstanden tilbake i tilfelle av betalingsmislighold. Eiendomsforbeholdet ble raskt godtatt av domstolene, til tross for at det innebar en underpantsettelse av løsøre. Dette var i strid med panteloven av 1857 § 1 som bestemte at pant i løsøre bare kunne etableres som håndpant. Det var imidlertid tvilsomt om domstolene ville godta eiendomsforbehold i forhold til forhandlers kreditorer i de tilfeller der de solgte varer var bestemt for videresalg. Avklaringen på dette spørsmålet kom ikke før i 1963 med Scooterdommen.⁴ Her hadde en importør solgt scootere med eiendomsforbehold til en forhandler. Mens forhandleren ennå satt med to scootere, gikk han konkurs, og importøren krevde scooterne utlevert av boet i kraft av eiendomsforbeholdet. Importøren fikk ikke medhold i Høyesterett, med den begrunnelse at eiendomsforbehold til ting beregnet til videresalg ikke er beskyttet overfor forhandlers kreditorer. Dommen gjaldt salg av ferdigvarer. Således løste den bare en del av spørsmålet. Et spørsmål som derfor meldte seg, var om dommen kunne gis tilsvarende anvendelse på tilfeller hvor salgsgjenstandene skulle bearbeides av kjøperen før videresalget.

Panteloven av 1980 er en kodifikasjon av de regler som rettspraksis fra 1860 årene og utover har utviklet om eiendomsforbehold. Den ga eiendomsforbeholdet regulær panterettslig status under navnet salgspant.⁵ Med panteloven av 1980 ble man stående med en mellomløsning lignende den situasjon som gjaldt før loven. Etter de da gjeldende regler kunne ikke salgspant betinges i varer beregnet på videresalg, med mindre varene skulle bearbeides eller selges som tilbehør eller deler av en hovedgjenstand, jf. pantel. § 3-15(2). Grunnen til dette var at ved varer som skulle bearbeides eller monteres, ville det normalt gå noe tid før bearbeidelsen fant sted og salgspantet kunne bestå inntil dette skjedde i motsetning til ferdigvarer som kunne videreselges straks.

⁴ Rt 1963 s 109

⁵ Se Lov om pant av 8. februar 1980 nr.2 § 3-14 flg.

Adgangen til å betinge salgspant i videresalgsvarer ble så vurdert av Falkanger-utvalget på begynnelsen av 1990-tallet.⁶ Her ble det foreslått å oppheve unntaket i § 3-15(2), slik at heller ikke i de tilfellene hvor varene skulle bearbeides før videresalget eller hvor de skulle selges som tilbehør eller deler av en hovedgjenstand, kunne salgspant gyldig avtales. Dette var et forslag om totalforbud mot stiftelse av salgspant i varer bestemt for videresalg. Forslaget fikk gjennomslag og pantel. § 3-15(2) ble endret ved lov av 3. september 1999 nr. 983. Totalforbudet trådte i kraft 1. januar 2000.

1.4 Rettspolitiske betraktninger

I dette avsnittet skal vi se på hva som begrunner leverandørens separatistrett i varer bestemt for videresalg, og hvorfor ikke en leverandør kan oppnå slik separatistrett gjennom salgspantsinstituttet.

I kommisjonsforhold vil kommittenten kunne ha separatistrett i varer overlevert kommisjonæren for videresalg. Grunnen til dette er at videresalget skjer for kommittentens regning og risiko. Det er da rimelig at kommittenten har rett til å hente ut varene sine ved en eventuell konkurs hos kommisjonæren.

I forarbeidene til kommisjonsloven blir kommittentens separatistrett begrunnet med en henvisning til en uomtvistet rettsgrunnsetning ”som vistnok er gjældende overalt”.⁷ Rettsgrunnsetningen det vises til må antas å være prinsippet om at kreditorene ikke kan få større rett overfor skyldnerens hjemmelsmann enn skyldneren selv hadde.⁸ Separatistretten er således i tråd med regelen om at kreditorene ikke kan påberope seg kommisjonærens legitimasjon.

Generelt er salgspant en hensiktsmessig sikkerhetsrett. Salgspantordningen er akseptert fordi selgeren ikke får sikkerhet i annet enn det formuesgodet som er anskaffet for den kreditt som blir sikret.⁹ Nye verdier bringes inn i boet og kjøperens formuesstilling blir ikke forringet ved stiftelse av salgspant. Brækhus har drøftet adgangen til å etablere

⁶ Se NOU 1993: 16

⁷ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 59

⁸ Se Falkanger, Tingsrett s 634

⁹ Se Skoghøy i JV 1991 s 14-15

salgspant som et spørsmål om realkreditt kontra personalkreditt.¹⁰ Han mener realkreditten må opprettholdes innenfor store områder av vårt økonomiske liv, men at en må finne frem til en rimelig avgrensning mellom områdene for realkreditten og den personlige kreditt.¹¹ Realkreditten er kredittskapende ved at pantsetter får kreditter som ellers ikke ville være mulige. Dette gir ny kapitaltilførsel som kommer bedriften til gode, og dermed også kreditorene for øvrig.

Forbudet mot å stifte salgspant i videresalgstilfellene må derfor bygge på at det foreligger spesielle mothensyn mot salgspant i disse tilfeller. Et slikt mothensyn er at det utinglyste salgspant i varer som skal videreselges representerer et usikkerhetsmoment i omsetningslivet. Dette vil imidlertid kun kunne få uheldige følger for den som har fått pant i forhandlerens varelager, etter pantel. § 3-11.¹² En varelagerpanthaver må respektere salgspantet.¹³ Som underpanthaver har han ikke fått de pantsatte varer i sin besittelse og han blir da ikke beskyttet av godtroervervloven. Eventuelt andre som har fått rettigheter i varene, kjøpere og håndpanthavere, vil kunne være beskyttet av godtroervervloven.¹⁴ Da den praktiske konfliktsituasjonen står mellom salgspanthaver og varelagerpanthaver vil det ha en viss interesse å vurdere disse to panteretter opp mot hverandre. Lovens forutsetning er imidlertid at disse skal kunne eksistere ved siden av hverandre.¹⁵ Følgelig kan ikke spørsmålet om adgangen til å etablere salgspant løses alene ut fra en betraktning om hvilken pantsettelsesform som er mest ønskelig.

Det er normalt banker som har panterett i varelager. Spørsmålet om hvor langt man skal godta salgspant i varer bestemt for videresalg, er derfor et spørsmål om forholdet mellom leverandørkreditt og bankkreditt.¹⁶ Men omfanget av varelagerpantet er usikkert også av andre grunner. Det er et tingsinnbegrep og man kan eksempelvis tenke seg at

¹⁰ Se Brækhus, Realkreditt kontra personalkreditt

¹¹ Se Brækhus, Realkreditt kontra personalkreditt s 239-240

¹² Se Brækhus, Pant s 81

¹³ Se pantel. § 3-11(5), jf § 3-4(3)

¹⁴ Lov om godtroerverv av løsøre av 2. juni 1978 nr.37

¹⁵ Se f.eks. prioritetsregelen i panteloven § 3-11(5)

¹⁶ Se Brækhus, Pant s 81

lagre tømmes raskere enn forventet på grunn av store salg osv. At det blir kjøpt inn varer med påhefte av salgspant kan være bedre enn ingen innkjøp overhodet.

Et mer viktig argument mot salgspant i videresalgstilfellene er at slik pant gir høyst usikre dekningsmuligheter og er derfor et svakt grunnlag for kreditt. Leverandøren risikerer at hele partiet er videresolgt når han ved forfall vil gjøre sin salgspant gjeldende. Sikkerheten salgspantet gir i videresalgstilfellene er dermed så svak at den ikke bør være en godkjent sikkerhetsrett.¹⁷

En hovedgrunn til at en leverandør av varer bestemt for videresalg ikke har separatistrett gjennom salgspant, er at i disse situasjonene kan leverandøren sies å ha akseptert at hans rett til varene ikke kan gjøres gjeldende ved betalingsmislighold. Ved å gi kjøperen rett til å selge varen før den er betalt, har leverandøren godtatt at kjøperens solvens vil kunne være avgjørende for dekningen av hans krav. Å gi leverandøren separatistrett til usolgte varer vil da fremstå som en tilfeldig fordel for ham som ikke bør aksepteres ut i fra det grunnleggende likhetsprinsipp som konkursinstituttet hviler på. En kan her spørre seg om disse hensynene også gjør seg gjeldende ved kommisjonsforhold. Vil ikke leverandøren her også, på samme måte som ved kredittsalg, måtte innse at hans krav på betaling vil være avhengig av forhandlerens solvens dersom han ikke betinger seg kontant betaling før videresalget? For kommittenten stiller dette seg likevel annerledes. Ser man reglene om kommittentens separatistrett i sammenheng, har kommittenten i utgangspunktet også separatistrett i varenes surrogater.¹⁸ Følgelig får det ingen avgjørende betydning for kommittenten at varene er solgt, da han på grunnlag av ulovfestede regler likevel er sikret kjøpesummen gjennom separatistrett til innbetalte penger og til utestående krav på kjøpesummen.

¹⁷ Se Brækhus, Pant s 80

¹⁸ Se særlig kml. § 61.

2 Vilkårene for separatistrett

2.1 Innledning

Spørsmålet om separatistrett henger sammen med spørsmålet om kreditorenes beslagsrett. Hovedregelen om kreditorenes beslagsrett er å finne i dekn. § 2-2. Begrunnelsen for å ta beslag er å skaffe midler som kan dekke fordringshavernes utestående. Det er derfor bare aktuelt å ta beslag i eiendeler som kan gjøres om i penger. I tillegg må eiendelene som beslaglegges faktisk tilhøre skyldneren. Det er dette som er sentralt i vår sammenheng. I et videresalgsscenario vil nemlig forhandleren være legitimert som eier uten å være reell eier. Fordringshaverne kan ikke påberope seg forhandlerens legitimasjon ved utøvelsen av beslagsretten etter dekn. § 2-2, fordi de ikke baserte sin kredittgivning på denne. Beslagsretten for skyldnerens fordringshavere må utledes av skyldnerens rett i forhold til dennes hjemmelsmenn. Fordringshaverne har ikke større rett enn skyldneren selv. Dette henger sammen med prinsippet om at ingen kan overføre større rett enn en selv har. Den grunnleggende dom om spørsmålet er Bygland- dommen.¹⁹ Her konstateres det at utgangspunktet er at konkursboet må respektere skyldnerens avtaler, og at boet ikke oppnår bedre rett overfor tredjemann enn den rett skyldneren har.

Et spørsmål i denne forbindelse blir når forhandleren er å anse som eier av det overleverte gods. Eiendomsrett er en faktisk og juridisk rådighetsrett; det vil si summen av rettigheter og plikter. Man kunne tenke seg at det er mulig å fikse et tidspunkt da alle disse enkeltbeføyelsene går over til den nye eier. Dette lar seg imidlertid ikke gjøre da de ulike enkeltbeføyelsene nødvendigvis ikke overføres under ett.²⁰ Eiendomsrettens overgang vil kunne få betydning ved kreditorbeslag, fordi boet kun kan ta beslag i det debitor eier på beslagstiden, jf. dekn. § 2-2. Dekn. § 2-2 må her leses i sammenheng med eksisterende rettsvernsregler og gir ikke svaret på dette spørsmålet alene. Hva konkursboet kan beslaglegge, er imidlertid utenfor oppgavens tema. Jeg vil derfor ikke behandle spørsmålet om når eiendomsretten overføres i denne forbindelse.

¹⁹ Rt 1935 s. 981

²⁰ Se Brækhus, Materiell konkurs og eksekusjonsrett s 49-50

Formålet med dette kapittelet er å redegjøre for de aktuelle rettslige grunnlagene leverandøren kan påberope seg overfor forhandlerens konkursbo ved påstått separatistrett. Problemstillingen er hvordan leverandøren kan få separatistrett til varer han leverer forhandler for videresalg.

Separatistrett kan oppnås gjennom gyldig avtale om at forhandler har rett til å sitte med tingen til tross for at leverandøren er den reelle eier av den. Spørsmålet blir hvordan en slik avtale kan tenkes inngått. Scenariet tilsier at forhandler er mellommann. Mellommannens rolle vil være avhengig av den avtale som er inngått mellom han og leverandøren. Foreligger en kommisjonsavtale mellom dem, vil mellommannen regnes som kommisjonær. Er det inngått en kjøpsavtale mellom partene, vil forhandler være å regne som vanlig kjøper. I slike tilfeller er forhandler egenhandlende. En avtale som eventuelt da kan foreligge, er en overenskomst om at varene leveres forhandler, men at leverandør har eiendomsforbehold i dem, jf. pantel. § 3-14 flg.

Det foreligger kun to tenkelige alternativ for hvordan leverandøren kan oppnå separatistrett. Enten vil leverandøren kunne ha separatistrett i medhold av kommisjonsloven²¹, ellers vil også panteloven være et mulig grunnlag. Som jeg kommer tilbake til under punkt 2.4, vil imidlertid en avtale om salgspant i varer bestemt for videresalg være ugyldig. Disse regelsettene regulerer uttømmende spørsmålet om leverandørens separatistrett i varer bestemt for videresalg. Dette følger av den rettslige tradisjon på området og forutsettes i juridisk teori.²² Grensedragningen mellom kommisjon og egenhandel kan være problematisk. En ønsker imidlertid også å trekke opp anvendelsesområdet for de ulike regelsettene, da begge kan være grunnlag for separatistrett, mens kun kommisjonsloven sikrer slik rett i varer bestemt for videresalg. Hadde det vært flere rettslige grunnlag for leverandørens separatistrett, ville det også vært nødvendig å trekke opp grenser mot dem.

²¹ Lov om kommisjon av 30. juni 1916 nr. 1

²² Se Andenæs, Konkurs, s 116-117. Skoghøy, Panteloven s 361-362. Bergli, Leverandørens separatistrett s 9

I det følgende skal vi først se på vilkårene for separatistrett etter kommisjonsloven, og deretter behandle problemstillingen om separatistrett kan sikres gjennom salgspant i videresalgsscenarioet.

2.2 Kommisjonsordningens praktiske betydning

Før jeg går nærmere inn på kommisjonsbegrepet, reises problemstillingen om avtaletypen kommisjon er praktisk i dagens samfunn. Det hevdes i teorien at kommisjon er lite brukt og lite praktisk i dag.²³ Også i lovens forarbeider hevdes det at kommisjonshandelen har mindre betydning i dag enn i tidligere tider.²⁴ Med dagens kommunikasjoner blir avstanden mellom kjøper og selger mindre og det blir mer vanlig at forretninger sluttes direkte mellom kjøper og selger. På bakgrunn av dette hevdes det at kommisjon er lite egnet i moderne varedistribusjon. I følge Hov er kommisjonsforhold på retur, men kommisjonshandelen eksisterer fortsatt i enkelte bransjer.²⁵ Han nevner særlig at kommisjon gjerne brukes ved kapitalvarer, som for eksempel biler. Det vil som regel være for dyrt for den enkelte forhandler å holde eget lager. Kommisjonshandel blir da et godt alternativ. Kommisjon brukes også hyppig der selger ønsker å være anonym. Dette vil kunne være tilfellet ved kjøp og salg av kunst og antikviteter.

Lilleholt i Knoph er derimot positivt innstilt til kommisjonsinstituttet.²⁶ Han hevder at kommisjon er vel forenlig med prinsippene for moderne varedistribusjon. Han viser da spesielt til distribusjon av kapitalvarer og til ønsket om anonymitet. Det hevdes dessuten at regelverket i kommisjonsloven kan gi en bedre ramme for forretningsforholdet mellom partene enn de regler som vil gjelde i egenhandel, fullmakt- eller agentforhold. En produsent kan overlate hovedansvaret for kontraktsforholdene med kundene til kommisjonæren samtidig som han kan instruere kommisjonæren og på den måten kontrollere markedsføringen.²⁷ Distribusjon gjennom egenhandlende gir ikke samme

²³ Se Woxholth, *Avtaleinngåelse* s 272. Lindebrække, *Eiendomsrett* s 154. Hov, *Avtalerett* s 405

²⁴ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 27

²⁵ Se Hov, *Avtalerett* s 405

²⁶ Se Knoph 1998 s 264

²⁷ Kommisjonæren er pliktig å følge kommittentens forskrifter så langt det er mulig, jf. kml. § 7

fleksibilitet. Kommisjon kan være et alternativ til salgspant der dette ikke lovlig kan gjennomføres.

Et annet spørsmål er om varelagerpant etter pantel. § 3-11 kan være et alternativ til kommisjon. Ved varelagerpant yter leverandøren kreditt mot pantesikkerhet for sitt krav på kjøpesummen i forhandlers varelager. Kravene panteloven stiller som betingelse for varelagerpant etter § 3-11(1), vil oftest være tilfredsstilt i et kommisjonsforhold. Forhandler vil som regel være næringsdrivende og varedistribusjonen vil oftest skje i næringsvirksomhet. Dermed ser vi at varelagerpant kan være et alternativ til kommisjon. Spørsmålet blir om dette gjør kommisjonsinstituttet mindre praktisk. Dette må trolig besvares benektende, fordi varelagerpant kun erstatter kredittmomentet ved kommisjon. Det foreligger flere formål ved å stifte kommisjon. Leverandør kan for eksempel ønske å føre kontroll med varene og videresalget gjennom instruksjoner til forhandler om markedsføring og lignende. Dette er rettigheter leverandøren får ved kommisjon, og som en ordning med varelagerpant vanskelig kan erstatte. Når leverandøren ikke lenger har eiendomsretten til varene, vil han heller ikke ha innflytelse på videresalget.

På bakgrunn av det ovenstående blir konklusjonen at kommisjon ikke har mistet sin praktiske betydning.

2.3 Kommisjonsloven

Kommisjon reguleres av lov om kommisjon (kml.) av 30. juni 1916 nr. 1. Det kommisjonsbegrep som er utformet her inneholder flere karakteristiske trekk. Kommisjonsavtalen er et salgsoppdrag, ikke et kjøp, jf kml. § 4. Hovedmannen er oppdragsgiver eller kommittent og mellommannen er kommisjonær. Kommisjonærens oppdrag er å formidle kjøp og salg mellom kommittenten og tredjemenn. Således er han kun et mellomledd og ikke egenhandlende. Kommisjonæren har ingen økonomisk risiko, da han handler for kommittentens regning. I mellommannstilfellene er hovedregelen at oppdragsgiver kan vindisere de varer mellommannen måtte ha for ham, jf. kml. § 53.

Det som skiller kommisjon fra alminnelig kjøp, er at ved kjøp har forhandler plikt til å betale leverandøren for varene. Slik er det ikke ved kommisjon. Får ikke kommisjonæren solgt varene, kan han returnere dem til leverandøren. Ved kjøp vil forhandleren sitte igjen med tap for usolgte varer og varer solgt til underpris. Ved kommisjon bærer kommittenten den økonomiske risiko. De gjensidige forpliktelser som kjennetegner kjøp, er ikke å finne i kommisjon. Ved kjøp forplikter selgeren seg til å levere en vare, og kjøperen forplikter seg til å betale kjøpesummen. Ved kommisjon har pliktene et ganske annet innhold. Kommisjonæren påtar seg ingen økonomiske forpliktelser. Hans innsats bærer preg av en tjenesteytelse; han skal forsøke å selge varene. Kommittenten påtar seg ingen plikter overfor kommisjonæren, bortsett fra løftet om provisjon. Han har ikke en gang bundet seg definitivt til varens levering, for han kan så lenge kommisjonæren ikke har brakt i stand et salg, trekke varen tilbake og bestemme at den likevel ikke skal selges.

En avtale om salgskommisjon kan ha ulike formål. Hovedgrunnen til at selger ønsker å benytte kommisjon, er at denne salgsformen kan øke varens avsetningsmuligheter. Kommisjonæren handler i eget navn. Den kundekrets og goodwill som kommisjonæren har opparbeidet, kan selgeren nyttiggjøre seg. Begge parter kan skaffe seg kreditt gjennom en kommisjonsavtale. Ved å overdra varene i kommisjon og å betinge seg forskudd fra kommisjonæren, får kommittenten mulighet til å reise penger på varene sine. Dette ligner en avtale om lån mot håndpant. Kommisjonæren kan skaffe seg varekreditt ved at oppgjøret med kommittenten utsettes inntil varen er solgt og kjøpesummen mottatt. Det er her separatistretten kommer inn.

Kommisjonsloven skiller mellom salgskommisjon og innkjøpskommisjon, jf. kml. § 53. Forskjellen mellom dem er at ved salgskommisjon blir kommisjonæren overlevert varene fra kommittenten, og ved innkjøpskommisjon er det kommisjonæren som går til innkjøp av varene på vegne av kommittenten. I det følgende vil jeg konsentrere meg om salgskommisjon. Stor betydning får avgrensningen ikke, da grunntrekkene i reglene for de to kommisjonsformene er like. For enkelhetens skyld velger jeg likevel kun å omhandle de tilfeller der kommittenten har overlevert kommisjonsgodset til kommisjonæren. Dette er i tråd med den forutsetning som blir gjort innledningsvis i punkt 1.2; at varen er overlevert forhandler før konkursåpning.

Kml. § 53(1) omhandler kommittentens separatistrett til det usolgte kommisjonsgods. Det fremgår av bestemmelsens første ledd at gods som kommittenten overgir kommisjonæren for videresalg, er kommittentens eiendom inntil eiendomsretten er gått over til kjøper. Det vil altså si at § 53(1) gir kommittenten vern mot kommisjonærens kreditorer for retten til varer som er overlevert til kommisjonæren for salg. Bestemmelsen forbeholder eiendomsretten til kommittenten til tross for at kommisjonsgodset er overlevert forhandler.

Når det nå er brakt på det rene at kommittenten har separatistrett dersom det foreligger gyldig kommisjonsavtale, blir spørsmålet når en gyldig kommisjonsavtale foreligger. Kml. § 4 definerer kommisjon og angir således lovens anvendelsesområde.

Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

§ 4

”Ved kommissionær forstaaes i denne lov den, som har i oppdrag at sælge eller kjøpe varer eller annet løsøre for en andens regning, men i eget navn. Den for hvis regning salget eller kjøpet skal ske, kaldes kommittent(oppdragsgiver).”

Som det fremgår må flere vilkår oppfylles for at det skal foreligge et kommisjonsforhold. De to essensielle vilkår er at kommisjonæren må handle ”i eget navn” men ”for en andens regning”. Det er dette som særpreger kommisjon. Videre omhandler loven kun de tilfeller der mellommannen har fått i oppdrag å selge(eller kjøpe) løsøre. Først da er leverandøren å anse som kommittent, og først da forblir han eier av de overleverte varer i medhold av kml. § 53.

2.3.1 ”i eget navn”

Innledningsvis forutsatte jeg at forhandler selger i eget navn. Jeg vil derfor ikke gå i dybden i dette vilkåret. Det er imidlertid dette som skiller kommisjon fra annen mellommannsrett. Ved for eksempel fullmaktsforhold handler mellommannen i fullmaktsgiverens navn.²⁸ Motsetningsvis selger altså kommisjonæren til tredjemann i eget navn. At salget skjer i eget navn, innebærer at det er kommisjonæren som er part i den avtalen som slutes med tredjemann. Det er således kommisjonæren og ikke kommittenten som blir forpliktet i forhold til tredjemann. Her ligger forskjellen mellom

²⁸ Se Woxholth, Avtaleinngåelse s 240

en kommisjonær og en alminnelig fullmektig, da fullmektigen blir stående utenfor avtaleforholdet og fullmaktsgiver blir forpliktet i forhold til tredjemann.

Vi ser her at det blir nødvendig å trekke en grense mellom fullmaktsforhold og kommisjonsforhold, da dette avgjør hvem som er forpliktet overfor tredjemann. I prinsippet er gensedragningen enkel. Det avgjørende er at fullmektigen opptrer i fremmed navn, mens kommisjonæren opptrer i eget navn. Men det kan nok oppstå faktisk tvil om hvordan forholdet skal karakteriseres. Slik vil det kunne være der forhandler har opptrådt som mellommann for leverandøren og ikke holdt linjene klare.

2.3.2 "for en andens regning"

Kml. § 4(1) oppstiller som nevnt et vilkår om at mellommannen må handle for fremmed regning. At oppdraget skjer for kommittentens regning og risiko, vil si at kommittenten har økonomisk gevinst eller bærer økonomisk tap i forbindelse med de avtaler som inngås med tredjemann. Dette presiseres ved regelen i kml. § 13. Denne pålegger kommisjonæren å godskrive kommittenten alt det han har oppnådd ved avtalen med tredjemann. Begrunnelsen for denne bestemmelsen er at den som opptrer på en annens vegne, har forpliktelse til å ivareta dennes interesser fullt ut og har ikke rett til å berike seg på dennes vegne utover hva som er avtalt. Handelskommisjonæren har nemlig krav på provisjon av de avtaler han slutter for kommittenten under oppdragstiden, jf. kml. § 27. På denne måten får også kommisjonæren en gevinst.

2.4 Panteloven

Det fremgår av pantel. § 1-1(1) at panterett innebærer en fortrinnsrett til dekning fremfor de øvrige kreditorene. Brækhus definerer panteretten som *"en fordring utstyrt med et dekningsprivilegium i visse av debtors aktiver, altså med en forrett til dekning fremfor debtors øvrige kreditorer"*.²⁹ Ettersom panthaver kan holde seg til pantesikkerheten, vil ikke hans stilling berøres av skyldnerens konkurs.

Spørsmålet er om leverandøren kan sikre seg separatistrett gjennom pant i varene. I vårt scenario leverer leverandøren varene på kreditt. Det hensiktsmessige for leverandøren

²⁹ Se Brækhus, Realkreditt kontra personalkreditt s 208

vil være å få sikkerhet for sitt krav på kjøpesummen i varene. Det innebærer at leverandøren får salgspant i dem. Da gir leverandøren hel eller delvis kreditt for kjøpesummen og får samtidig en fortrinnsrett fremfor kjøperens andre kreditorer til å bruke pantet som en dekningsmulighet ved mislighold.

Reglene om salgspant er å finne i pantel. §§ 3-14 flg. Etter pantel. § 3-14 kan det avtales salgspant i solgt løsøre til sikkerhet for selgerens krav på kjøpesummen. Salgspant kan bare avtales i løsørestander som omfattes av salget, jf. første ledd ”det solgte”. Det er kun innkjøpskreditt, det vil si midler til å anskaffe objektet, som kan sikres med salgspant. Salget må derfor være reelt og det kan ikke stiftes salgspant i varer eieren eier fra før, eller etableres sikkerhet i nye varer for eldre gjeld.

Så langt kan leverandøren i vårt scenario avtale salgspant, da det foreligger et reelt salg av løsørestander.

Panteloven § 3-15 oppstiller imidlertid begrensninger i hva som kan beheftes med salgspant. Bestemmelsens annet ledd fastslår at det ikke kan avtales salgspant i ting kjøperen har rett til å selge videre før de er betalt. Det er altså et forbud mot salgspant i varer kjøper skal videreselge. Et spørsmål som reiser seg her er hva som faller inn under dette forbudet.

Ved tolkningen av § 3-15(2) blir det spørsmål om det avgjørende skal være om varene er beregnet på videresalg, eller om det avgjørende skal være om kjøperen i forhold til selgeren har rett til å selge varene videre før de er betalt. Bestemmelsens ordlyd taler for det siste alternativ. Bestemmelsen er imidlertid utformet på bakgrunn av Scooterdommen, Rt 1963 s 109.³⁰ Her legger Høyesterett til grunn at det etter de tidligere ulovfestede regler om eiendomsforbehold ikke var adgang til å avtale eiendomsforbehold i varer ”beregnet til videresalg”. Dette taler for at det avgjørende er om varen er innkjøpt med sikte på videresalg. Ved en slik tolkning vil bestemmelsen være sammenfallende med det som var lagt til grunn etter tidligere lovfestede regler om eiendomsforbehold. Rettstekniske hensyn taler også for å la dette være avgjørende. Hvis

³⁰ Se Rådsegn 8 om pant s 117

det avgjørende skal være om kjøperen har rett til å selge varen videre før den er betalt, vil begrensningen lett kunne omgås.

Spørsmålet om hvordan bestemmelsen i pantel. § 3-15(2) skal forstås, ble forelagt for Høyesterett i Rt 1992 s 438.³¹ Saken gjaldt gyldigheten av salgspant stiftet mellom en bilimportør og en bilforhandler. Bilimportør General Motors Norge A/S (GMN) inngikk forhandlerkontrakt med Auto Service A/S, om at GMN skulle levere Auto Service biler på kreditt. I den standardavtale som ble benyttet ved hver enkelt levering, forbeholdt GMN seg eiendomsretten til bilene inntil kjøpesummen ble betalt. Forhandleren kunne inngå avtale om salg av bilene, men de kunne ikke leveres kjøperen før importøren hadde fått oppgjør. Med dissens 3-2, ble det her avgjort at salgspantet var ugyldig. Retten slo fast at det avgjørende ved tolkningen av pantel. § 3-15(2) måtte være om tingen var overtatt av kjøperen med sikte på videresalg. Flertallet begrunnet sin avgjørelse ved å vise til Scooterdommen og lovforarbeidene. I Ot.prp. nr. 39 (1977-78) er § 3-10(2), som tilsvarer § 3-15(2) i den vedtatte lov, formulert slik at salgspantforbudet omfatter de tilfeller der kjøperen har kjøpt med sikte på videresalg dersom selgeren måtte regne med dette som en nærliggende mulighet. Bestemmelsen fikk en annen utforming i panteloven. Det fremgår imidlertid av Innst. O. nr. 19 (1979-80) at forbudet skal gjelde i de typiske videresalgstilfellene, og da også de tilfeller hvor ferdigvarer selges til forhandler av slike varer med sikte på videresalg. I denne konkrete saken var bilene ment for videresalg. Forutsetningen for kjøpet var at forhandler skulle selge dem videre, selv om han ikke hadde myndighet til å overlevere dem til kjøperne før han hadde gjort opp med importøren.

Mindretallet i GMAC-dommen ville derimot følge ordlyden i loven og mente det avgjørende var om kjøperen i forhold til selgeren hadde rett til å selge varene videre før de var betalt. Flertallet mente imidlertid at den løsning de la til grunn, var et like naturlig fortolkningsalternativ ut fra lovens ordlyd som den løsning som mindretallet kom til.³² Som talsmann for flertallet uttalte dommer Backer på side 443:

³¹ GMAC-dommen

³² Se Rt. 1992/438 s 443

”Når den[lovteksten] sier at salgspant ikke kan avtales i ting som kjøperen har rett til å selge videre før den er betalt, er det meningen å uttrykke at salgspant ikke kan avtales i ting som kjøperen skal ha rett til å overta for salg før den er betalt.”

Skoghøy³³ følger ikke flertallet i den språkanalysen. Han er enig i flertallets resultat, men har vanskelig for å se noe annet enn at flertallet i denne dommen -med rette- fraviker lovens ordlyd.

Vi ser her at en rekke rettskildefaktorer taler for at det avgjørende ved tolkningen av pantel. § 3-15(2) er om varene er beregnet for videresalg. Tungtveiende rettskilder som lovforarbeider og rettspraksis taler for dette, sammen med juridisk teori og retts tekniske hensyn. Lovteksten taler imidlertid for at det avgjørende skal være om kjøperen i forhold til selgeren har rett til å selge varene videre. Hvor en problemstilling er lovregulert, vil lovens ordlyd være den viktigste rettskildefaktoren og vanligvis bør man derfor legge stor vekt på det man med naturlig lesemåte får ut av lovteksten. Følgelig skal det mye til for å tolke på tvers av ordlyden. Vi må derfor ha vektige grunner for å tolke pantel. § 3-15(2) innskrenkende. I dette tilfellet taler rettspraksis, lovforarbeider, juridisk teori og retts tekniske hensyn for en innskrenkende tolkning av lovteksten. Et avgjørende moment for å tolke bestemmelsen innskrenkende, er at Høyesterett har foretatt slik fortolkning. Der Høyesterett tolker loven annerledes enn det som naturlig følger av lovteksten, vil dette normalt veie tyngre enn lovens ordlyd.³⁴ I et tilfelle som vårt, hvor høyesterettspraksis og andre relevante rettskilder unntatt lovens ordlyd tilsier det, vil det være legitimt å foreta en innskrenkende fortolkning.

Det avgjørende etter pantel. § 3-15(2), er således om varene er beregnet på videresalg.

Ut i fra de ovenstående drøftelser ser vi at leverandøren ikke kan sikre seg separatistrett gjennom pant i varene, der disse er bestemt for videresalg.

Avslutningsvis vil jeg påpeke at leverandøren ikke kan komme unna salgspantforbudet ved å kalle sikkerhetsretten noe annet. Det er realiteten i avtaleforholdet som er avgjørende for om man står overfor et salg mot salgspant. Om sikkerhetsretten er

³³ Se Skoghøy, Panteloven s 325

³⁴ Se Eckhoff, Rettskildelære s 28

konstruert som eiendomsrett, hevingsrett og lignende er uten betydning. Pantel. § 3-22 omhandler dette og likestiller slike forhold med salgspant. Dersom det forhold man står overfor reelt har karakter av salg, skal ethvert forbehold om eiendomsrett i det solgte inntil kjøpesummen er betalt, eller rett til å ta tingen tilbake ved betalingsmislighold ansees som en avtale om salgspant.

2.5 Grensedragningen mellom kommisjon og egenhandel

Som vi ser av det ovenstående er det av stor praktisk betydning om forhandler er å anse som kommisjonær eller egenhandler. Dette blir avgjørende for om leverandøren har separatistrett til varene, eller om han må ta til takke med dividende av det som måtte være igjen i boet. Dermed blir det vesentlig å trekke en grense mellom kommisjonsforhold og egenhandel.

Sondringen mellommann- egenhandler er klar i yttertilfellene. Avgjørende for om det foreligger kommisjon er at salget skjer for kommittentens regning, jf. kml. § 4. I motsatt fall vil det være egenhandel. Dette illustreres i høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt 1981 s 619.³⁵ Engelschjøn distribuerte toalettartikler for et firma. Spørsmålet var om dette skjedde for leverandørens eller Engelschjønns egen regning. Retten kom til at distribusjonen utvilsomt skjedde for leverandørens regning. Det ble tillagt sentral betydning at leverandøren hadde eiendomsretten til varene så lenge de befant seg hos Engelschjøn, og at Engelschjønns betalingsplikt først oppstod etter hvert som varene ble solgt.

Vi ser her at forholdet hadde de trekk som typisk karakteriserer et kommisjonsforhold etter kommisjonsloven. Retten anså det derfor for klart at kommisjon forelå. Selv om forholdet ikke fullstendig skulle samsvare med kommisjonslovens normalordning, betyr ikke det nødvendigvis at det foreligger egenhandel. Dette har sin begrunnelse i at kommisjonsloven er deklatorisk.³⁶

³⁵ Engelschjøn- dommen

³⁶ Se kml. § 1 og Rt 1932 s 814

I praksis er det mange grensetilfeller hvor sontringen mellommann- egenhandler kan være vanskelig. Rettspraksis har imidlertid trukket opp retningslinjer for hvor denne grensen bør trekkes. For å kunne fastslå om det foreligger et kommisjonsforhold eller om forhandler opptrer i eget navn, må en analysere forholdet mellom leverandør og forhandler.

2.5.1 Partenes klassifisering

Partenes egen klassifisering av rettsforholdet kan gi et utgangspunkt i vurderingen av om det foreligger kommisjon eller egenhandel. Skal forholdet godtas som kommisjon må det imidlertid være klart at det var partenes mening å etablere en kommisjonsordning. Dette følger av dommen i Rt 1985 s 309. I denne saken var det omtvistet hvorvidt det forelå et kommisjonsforhold mellom et entreprenørselskap og den daglige leder av dette. Den daglige leder var personlig eier av en del maskiner som ble benyttet i selskapets virksomhet. For denne bruken ble han godskrevet leie. I forbindelse med et byggeprosjekt deltok selskapet i et konsortium sammen med andre entreprenører. Den daglige leder hevdet at selskapet opptrådte for hans regning ved utleie av maskiner til konsortiet, og at det følgelig forelå et kommisjonsforhold.

Kommisjon er beskrevet som kjøp og salg av varer og løsørestander.³⁷ Retten slo imidlertid fast at også annen virksomhet vil kunne falle inn under kommisjonsinstituttet, herunder utleie av løsøre. Likevel anså ikke retten forholdet for å være kommisjon. Retten påpekte at forholdet måtte fremtre med de kjennetegn som er de vesentlige for kommisjonsforhold, nemlig at den som opptrer overfor tredjemann, gjør det som mellommann for en annens regning.

Videre påpekte retten at det ikke forelå skriftlig avtale som regulerte bruk av de maskiner som tilhører daglig leder, men at det heller ikke kan oppstilles noe særskilt formkrav for kommisjonsavtaler. Dommer Bugge uttalte:

”Men skal forholdet godtas som kommisjon med de rettsvirkninger det vil få i forhold til selskapet og tredjemann, må man kreve noenlunde klare holdepunkter for at det har vært partenes mening å etablere en kommisjonsordning, og at de reelt har innrettet seg i samsvar med dette.”³⁸

³⁷ Jf. kml. § 4

³⁸ Se Rt 1985/309 s 315-316

Retten kom til at ingenting tydet på at partene hadde tenkt seg at den daglige leder skulle ha stilling som kommittent ved konsortiet. Retten kom følgelig til at det ikke var etablert et kommisjonsforhold mellom selskapet og den daglige leder.

I Rt 1987 s 376 ble også betydningen av klare holdepunkter for at det har vært partenes mening å etablere kommisjon vektlagt i vurderingen av om det forelå kommisjon eller egenhandel. Tvisten stod mellom et ventilasjonsfirma og konkursboet til et verksted. Høyesterett viste til avgjørelsen i Rt 1985 s 309 og konstaterte at det kreves noenlunde klare holdepunkter for at partene har ment å etablere kommisjon. Retten kom derfor til at avtalen verkstedet hadde inngått om levering av et ventilasjonsanlegg, var inngått for egen regning. Ventilasjonsfirmaet ble ansett for å være underleverandør. Det var denne betegnelsen firmaet var gitt i avtalen mellom partene. Ingenting annet tydet på at partenes mening hadde vært at det skulle foreligge et kommisjonsforhold.

Når partene selv benytter betegnelsen kommisjon er dette et relativt sterkt moment for at det har vært partenes mening å etablere et kommisjonsforhold. Domspraksis viser at partenes egen klassifisering i stor grad blir lagt til grunn. Avgjørelsen i Rt 1892 s 24 (Jacob Hanssen- dommen) kan tjene som eksempel på dette. Her overtok forhandler, Jacob Hanssen, et lager ferdig fabrikkerte varer for videresalg fra sin butikk. Da Jacob Hanssen senere gikk konkurs oppstod det tvist mellom konkursboet og leverandøren om varene var levert i kommisjon eller om de var solgt til Jacob Hanssen. Det ble uttrykt overfor publikum at leverandør og forhandler anså forholdet mellom dem for å være kommisjon. Det hang et skilt over Jacob Hanssens butikkdør hvor det stod skrevet ”kommisjonshandel”. På bakgrunn av dette, sammenholdt med en rekke andre momenter, kom retten til at det forelå et kommisjonsforhold mellom partene.

Avgjørelsen er imidlertid gammel. Den rettskildemessige betydningen svekkes gjerne om en dom er veldig gammel. Dette er fordi rettsoppfatningen kan ha skiftet i takt med samfunnsutviklingen når lang tid er gått. I dette tilfellet er det imidlertid grunn til å tro at det syn som er lagt til grunn i Jacob Hanssen- dommen fremdeles har aktualitet, ettersom utviklingen innenfor dette rettsområdet har vært forholdsvis stasjonær.

Å legge vekt på at partene har kalt forholdet kommisjon kan være naturlig i rettsforholdet mellom partene. I forhold til forhandlerens kreditorer vil det imidlertid

ikke være riktig å legge nevneverdig vekt på dette. Grunnen til det er at kommittenten er gitt en særrett til dekning i forhold til forhandlerens øvrige kreditorer. Av hensyn til faren for kreditorsvik kan det da ikke være tilstrekkelig at partene har kalt forholdet dem i mellom for kommisjon, de øvrige vilkårene kommisjonsloven oppstiller må også være oppfylt. Det er derfor det reelle innhold av rettsforholdet må være avgjørende ved vurderingen av om det foreligger kommisjon eller ikke. Dette kommer tydelig frem i lagmannsrettens avgjørelse i RG 1969 s 68. Her betegnet partene forholdet mellom dem som kommisjon. Retten var imidlertid av den oppfatning at avtalen etter sitt innhold ikke var en kommisjonsavtale. I avtalen var det bestemt at forhandler ikke skulle ha provisjon, men betale en forhåndsbestemt pris med rett til å godskrive seg eventuell gevinst av salget. Om varen ikke var solgt innen åtte måneder var forhandler pliktig å betale den forhåndsbestemte pris. Dermed hadde ikke forhandler noen rett til å returnere usolgte varer. En slik plikt til å måtte betale kjøpesummen uavhengig av om varen blir solgt var ikke forenlig med kommisjon. Retten lot dette moment være avgjørende. I skifterettens dom, som lagmannsretten i viktige punkter tiltrer, uttales det:

”Forholdet... har vært arrangert slik at det skal foreligge et kommisjonsforhold mellom partene. Men dette kan ikke være avgjørende, selv om partene har ment at alt var i orden, så lenge det ikke foreligger et reelt kommisjonsforhold..”³⁹

2.5.2 Returadgang

Et annet moment i vurderingen av om det foreligger kommisjon eller egenhandel er om forhandler har rett til å returnere varene han blir overlevert av leverandøren. Kommisjonæren har en slik returadgang. Dette fremgår ikke uttrykkelig av kommisjonsloven, men må anses som en alminnelig tolkning av kommisjonsavtalen.⁴⁰ I Jacob Hanssen- dommen⁴¹ lot Høyesterett returretten være det avgjørende moment for at det forelå et kommisjonsforhold mellom partene. Returretten var ikke nevnt i kontrakten unntatt for det tilfellet at forholdet opphørte. Partenes tydelige forutsetning var likevel at varene kunne returneres, da retur gjentagende hadde funnet sted. I og med returretten fikk leverandøren direkte interesse i at forhandler skjøttet handelen på best måte. Ellers vil han kunne lide tap ved at varene ble returnert etter at de var gått av moten. Denne

³⁹ Se Rt 1969/68 s 72

⁴⁰ Se Arnholm, Avtaler s. 189.

⁴¹ Se Rt 1892 s 24

interesse ble antatt å være så stor at retten anså forhandler for å handle for leverandørens regning. Følgelig forelå det et kommisjonsforhold.

En kan slutte utfra rettspraksis at forhandlers rett til å returnere usolgte varer er et tungtveiende moment for at kommisjon foreligger.⁴² Motsatt vil det være et tungtveiende argument for at det ikke foreligger kommisjon om forhandler ikke har returrett. Kommisjonærens plikt til å betale for varen, er betinget av at den er videresolgt.⁴³ Normalt må det derfor anses uforenlig med kommisjonsbegrepet at kommisjonærens betalingsplikt for mottatte varer er uavhengig av at varene selges. RG 1969 s 68 viser tydelig dette. Her avviser retten en påstand om at det var etablert et kommisjonsforhold på grunn av manglende returrett. Det fremgikk uttrykkelig av avtalen mellom partene at forhandler måtte betale for varene om de ikke var solgt innen åtte måneder etter overlevering.⁴⁴

RG 1939 s 585 er imidlertid et eksempel på at forholdet ble ansett som egenhandel til tross for at det forelå returrett. I denne saken var det antageligvis partenes forutsetning at varene kunne sendes i retur. En slik forutsetning alene kunne imidlertid ikke være nok til å karakterisere kontrakten som kommisjon i lovens forstand. Derfor må en også bygge på andre momenter, enn kun partenes forutsetning om returrett, ved avgjørelsen av om kommisjon foreligger. I Jacob Hanssen- dommen⁴⁵ bygget retten på momenter som at partene selv kalte forholdet kommisjon og at leverandøren bar alle omkostningene ved salget osv, ved siden av å la det være avgjørende at partenes forutsetning var at varene kunne returneres.

Det er mulig man må oppstille en absolutt betingelse for kommisjon at kommisjonæren har rett til å returnere usolgte varer. Flere rettsavgjørelser legger stor vekt på nettopp dette momentet.⁴⁶ Foreligger ikke en slik returadgang er kommittentens interesse i

⁴² Rt 1878 s 417, Rt 1932 s 814, Rt 1981 s 619

⁴³ Dette fremgår forutsetningsvis av kml. § 13

⁴⁴ Dommen er drøftet mer detaljert under punkt 2.5.1.

⁴⁵ Rt 1892 s 24

⁴⁶ Se Rt 1878 s 417, Rt 1932 s 814, Rt 1981 s 619

videresalget vanligvis så beskjedent at det er unaturlig å tale om et representasjonsforhold.

2.5.3 Inntekts- og utgiftsfordeling

Ytterligere ett moment som er av betydning ved vurderingen av om det foreligger kommisjon eller egenhandel, er hvordan inntekter og utgifter er fordelt mellom partene. Etter kommisjonslovens normalregler skal kommisjonæren godskrive kommittenten all gevinst ved salget til tredjemann.⁴⁷ Bestemmelsen er imidlertid fravikelig.⁴⁸ Det forekommer derfor tilfeller der kommisjonæren skal betale en bestemt pris for varene og kan tilegne seg den gevinst videresalget måtte medbringe. Spørsmålet blir om en slik ordning er forenlig med kommisjonsbegrepet.

Den grunnleggende avgjørelsen om spørsmålet er Rt 1878 s 417.⁴⁹ Her var avtalen at forhandler kunne godskrive seg det han oppnådde for varen utover en viss fastsatt minstepris. Han hadde ikke rett til å selge under minsteprisen, og skulle han ikke få solgt varen kunne han returnere den. Retten anså forholdet som kommisjon til tross for at kommisjonæren kunne godskrive seg eventuelt overskudd ved videresalg.

Det foreligger imidlertid avgjørelser av underordnede retter som går i motsatt retning. Skifterettens kjennelse inntatt i RG 1939 s 585 er et eksempel på dette.⁵⁰ Her kunne kommisjonæren etter avtalen beholde det varene innbrakte utover den pris som var avtalt med kommittenten. Retten la vekt på at dette var i strid med kml. §§ 13 og 27. På bakgrunn av dette anså retten forholdet som egenhandel. Retten viser imidlertid også til andre forhold som ikke er forenlig med alminnelige kommisjonsprinsipper.

Vi må kunne slutte ut fra rettspraksis at den måten kommisjonærens godtgjørelse fastsettes på i seg selv ikke er avgjørende for vurderingen av om det foreligger kommisjon. At det avtales en bestemt pris mellom kommittent og kommisjonær og at kommisjonæren kan godskrive seg det overskytende, utelukker ikke at forholdet kan

⁴⁷ Jf. kml. § 13

⁴⁸ Jf. kml. § 1

⁴⁹ Avgjørelsen er fulgt opp i Rt 1892 s 24, Rt 1932 s 814, Rt 1935 s 122

⁵⁰ Se også kjennelse fra Oslo skifterett av 17 febr 1941

karakteriseres som kommisjon. Avgjørelsene fra underrettene som går i motsatt retning, kan ikke rokke ved den rettsoppfatning Høyesterett har gitt uttrykk for gjennom flere dommer. Juridisk teori har akseptert disse høyesterettsavgjørelsene som gjeldende rett.⁵¹

På hvilken måte oppgjøret mellom leverandør og forhandler finner sted spiller antagelig ingen avgjørende rolle. Det vil være en omstendighet som kan trekke i den ene eller den annen retning. Det kan tenkes mange ulike oppgjørsmåter alt etter hva partene måtte enes om. Yttertilfellene er imidlertid at kommisjonæren gjør opp etter hvert som han mottar betaling fra tredjemann, eller at han betaler en avtalt pris i sin helhet i det han overtar varene. Full betaling ved overlevering vil være et indisium på at det foreligger handel for egen regning, men momentet er ikke avgjørende i seg selv.

Hvem som skal bære omkostningene ved varenes transport, oppbevaring og salg er av underordnet betydning, men kan naturligvis etter omstendighetene være et moment som trekker i ulik retning. I Jacob Hanssen- dommen⁵² skulle leverandøren bære disse omkostningene, hvilket var et moment som talte for kommisjon.

2.5.4 Andre momenter

Andre momenter det kan ses hen til ved vurderingen av om hva slags forhold som foreligger, er om forhandler har regnskapsplikt. Ved kommisjon kreves det at kommisjonæren har en viss regnskapsplikt overfor kommittenten.⁵³ Men hvor omfattende den skal være blir i stor grad et skjønnsspørsmål.

Ved vurderingen av om det foreligger kommisjon eller egenhandel, kan det også ha en viss betydning om forhandler utelukkende skal handle med leverandørens varer eller om han også kan overta varer fra andre. Hvor forhandler kun handler med en leverandørs varer, er dette et relativt sterkt indisium på at det foreligger kommisjon. I Jacob Hanssen- dommen⁵⁴ skulle ikke forhandler befatte seg med andre forretninger verken

⁵¹ Se Lindebrække, Eiendomsrett s 143. Arnholm, Avtaler s 189. Sandvik, Handelsagentur s 16-17

⁵² Rt 1892 s 24

⁵³ Jf. kml. § 7

⁵⁴ Rt 1892 s 24

for egen eller andres regning. Dette var et moment som fikk betydning ved rettens vurdering av forholdet som kommisjon.

Videre kan avtalens formål ha betydning når forholdet mellom leverandør og forhandler skal karakteriseres. Når avtalen uttrykkelig eller stilltiende forutsetter at hensikten er å etablere et tillits- eller representasjonsforhold, vil det være naturlig å anse forholdet som kommisjon. I Jacob Hanssen- dommen⁵⁵ gikk avtalen uttrykkelig ut på at kommisjonæren skulle ofre hele sin tid, kraft og energi i kommittentens interesse. Retten vektla dette i sin vurdering av forholdet, og på denne måten fikk avtalens formål betydning.

Ved avgjørelsen av om det foreligger et kommisjonsforhold er det særlig fire momenter rettspraksis legger hovedvekt på. Dette er returrett, inntektsfordeling, kommittentens kontroll med varene, og hans rett til å kalle dem tilbake når han måtte ønske.

Selv ut i fra disse hovedkriterier kan det være vanskelig å avgjøre om det foreligger kommisjon eller egenhandel. Avtalen kan sette spørsmålet åpent og tvisten kan nettopp referere seg til ett eller flere av de spørsmål som er avgjørende for rubriseringen. Det kan for eksempel være omtvistet hvorvidt det foreligger returrett. I slike tilfeller må en falle tilbake på en helhetsvurdering av forholdet.

På grunnlag av den foreliggende rettspraksis er det således ikke mulig å trekke opp klare og bestemte grenser for kommisjonsbegrepet. I stor utstrekning vil avgjørelsen måtte bero på en rent skjønnsmessig vurdering av de konkrete omstendigheter. ”For en andens regning”⁵⁶ er et tøyelig begrep. Det beror i stor utstrekning på skjønn om karakteristikken passer i det enkelte tilfelle. I følge Lindebrække⁵⁷ er dette ingen heldig rettstilstand. Han mener det kanskje kan forsvares når det gjelder det interne forhold mellom kommittent og kommisjonær, men overfor kreditorene er det behov for klarere regler. Ideelt sett bør det være uttrykkelige og preseptoriske lovbestemmelser som bestemmer grensen. Grunnen til dette er at kommittenten er gitt en særrett til dekning

⁵⁵ Rt 1892 s 24

⁵⁶ Se kml. § 4

⁵⁷ Se Lindebrække, Eiendomsrett s 145

gjennom separatistretten til de overleverte varer som i utgangspunktet er i strid med likhetsprinsippet.

3 Bortfall av separatistrett

3.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapittelet er hvilke disposisjoner som fører til bortfall av kommittentens separatistrett. I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om hva kommittenten kan gjøre for å forhindre at separatistretten faller bort. Forutsetningen er at vilkårene for å få separatistrett etter kommisjonsloven er oppfylt.

Dersom det foreligger en kommisjonsavtale i kommisjonslovens forstand, har kommittenten i utgangspunktet separatistrett i de overleverte varene. Separatistretten har utspring i kommittentens eiendomsrett til varene. Eiendomsretten kan imidlertid av ulike grunner ha falt bort på konkurstidspunktet. Med eiendomsretten faller også separatistretten til de overleverte varer bort. Separatistretten kan falle bort fullstendig eller det kan forekomme begrensninger i den. Det vil være tilfellet der kommittenten beholder eiendomsretten, men må respektere andre rettsstiftelser i varene.

Tredjemann kan vinne rett i strid med kommittentens eiendomsrett. I de tilfeller tredjemann vinner rett fremfor rette eier, sier vi at tredjemann ekstingverer rette eiers eiendomsrett. Vi skiller normalt mellom to former for ekstinksjon; godtroerverv og kreditorekstinksjon. I sistnevnte tilfelle er det de usikrede kreditorene som ekstingverer. De utleder sin rett fra debitor, og kan i utgangspunktet ikke få sterkere rett enn denne hadde. Av hensyn til faren for kreditorsvik, det vil si at man i konkurs påstår at en del av tingene i debtors besittelse tilhører andre, for eksempel leverandører eller kjøper som ennå ikke har fått tingen overlevert, kan konkursboet i gitte tilfeller ekstingvere rette eiers rett. Det er slik ekstinksjon som eventuelt kan oppstå i vårt scenario, ved at kommisjonærens konkursbo på visse vilkår kan vinne rett over kommittenten, med det resultat at de overleverte varene tilfaller boet.

Separatistretten kan falle bort av ulike årsaker. Den vanligste bortfallsgrunnen er at kommisjonæren disponerer over varene. Slik disposisjon kan være både rettslig og faktisk.

3.2 Bortfall ved faktiske disposisjoner

3.2.1 Sammenblanding med andre varer

Spørsmålet som skal drøftes er om sammenblandingen fører til at separatistretten faller bort.

Sammenblanding vil si at kommisjonæren blander kommisjonsgodset med sine egne eller andre kommittenters varer. Forutsetningen for at sammenblanding foreligger, er at kommisjonæren fører varer av samme art. Varene må altså være fungible, det vil si ombyttelige. Det er dette som kjennetegner genusvarer.

Sammenblanding vil foreligge der varene oppbevares på samme sted og ingenting skiller kommisjonsgodset fra kommisjonærens eget eller andre kommittenters gods. Det vil da ikke kunne bringes på det rene hvilke varer som tilhører hvem til enhver tid. Et eksempel er der korn kommittenten overleverer blandes sammen med kommisjonærens i en egen silo. Det vil da være umulig å skille ut det kornet kommittenten overleverte.

Sammenblanding fører til at kommittentens separatistrett til de overleverte varer faller bort. Dette er fordi det ikke lenger vil kunne påvises hvilke varer som tilhører kommittenten. Følgelig kan kommittenten heller ikke hente ut varene sine. For at kommittentens separatistrett skal stå seg overfor kommisjonærens konkurskreditorer, må kommisjonsvarene altså være atskilt fra andre varer. Et slikt individualiseringskrav finner vi også ved andre rettsvernsregler, for eksempel i ”interesselæren”.⁵⁸

Kommisjonsloven har ingen bestemmelse som regulerer bortfall av separatistretten ved sammenblanding. Kml. § 10(1) annet punktum pålegger imidlertid kommisjonæren å holde det overleverte gods atskilt fra annet gods. Bestemmelsen forutsetter at

⁵⁸ Se nedenfor s 28

kommittentens eiendomsrett til varene faller bort ved sammenblanding. Dette fremgår også av lovens forarbeider.⁵⁹ Særlig der kommittenten er forbruker, er det grunn til å beskytte hans stilling. Skal sammenblanding kunne skje, vil dette kreve kommittentens samtykke. Dermed har kommisjonæren i utgangspunktet ingen rett til å blande kommisjonsgodset med egne eller andre kommittenters varer. Kravet til adskillelse er også nødvendig for å gjøre kommittentens eiendomsrett til de overleverte varer påviselig. Således begrunner notoritetshensyn kravet om å holde varene atskilt.⁶⁰

Vi kan her stille spørsmål om hva som ligger i kml. § 10(1) annet punktums krav til å holde varene ”adskilt”. Innebærer dette at varene må være fysisk atskilt eller kan de oppbevares sammen bare det lar seg påvise hvilke varer som tilhører kommittenten? Det fremgår av lovens motiver at kommisjonæren er uberettiget til å treffe forføyninger som gjør at godset ikke kan individualiseres.⁶¹ Det betyr at kravet ikke er at varene må holdes fysisk atskilt, men at det må være mulig å individualisere kommittentens varer.

I juridisk teori er det argumentert i ulike retninger omkring spørsmålet om sammenblanding fører til totalt bortfall av separatistrett. Brækhus/Hærem⁶² argumenterer for at sammenblanding av varene er uten betydning for separatistretten, så lenge blandingsforholdet kan bringes på det rene. Deres oppfatning er at det oppstår et sameie ved sammenblanding.

Sandvik⁶³ er også inne på sameie i sin argumentasjon rundt spørsmålet. Hans oppfatning er at om flere hovedmenns varer er sammenblandet, vil det kunne ligge nær å anse disse som sameiere i det sammenblandede. Dersom hovedmannens varer er blandet sammen med mellommannens egne, vil det neppe være rom for en slik løsning. Dette blir ikke begrunnet nærmere. Sandvik, med støtte i Arnholm⁶⁴, er av den oppfatning at separatistretten faller helt bort dersom kommittentens varer ikke lar seg individualisere. Han mener separatistrett generelt må anses betinget av at det kan påvises spesifikke ting retten knytter seg til.

⁵⁹ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 32

⁶⁰ Se nedenfor s 29

⁶¹ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 32

⁶² Se Brækhus/Hærem, Tingsrett s 480

⁶³ Se Sandvik, Handelsagentur s 86

⁶⁴ Se Arnholm, Avtaler s 194

På bakgrunn av juridisk teori kan vi slutte at sammenblanding kan føre til to alternativer; fullstendig bortfall av kommittentens separatistrett eller at det oppstår et sameie. Spørsmålet blir hva som er regelen.

En kan her ta tak i Sandviks påstand om at separatistretten er betinget av at den knytter seg til spesifikke ting. I denne sammenheng kan en spørre seg hvorfor det er så viktig at kommittenten henter ut akkurat de varene han overleverte. Så lenge de sammenblandede varer er fungible, og blandingsforholdet er kjent, skulle en tro at det var uvesentlig hvilke varer som tilbakeføres til kommittenten. I disse tilfeller ville tilbakeleveringskravet imidlertid bli arts- eller verdibestemt. Fordringer kjennetegnes ved at de er arts- og verdibestemte. I følge dekningsloven § 6-1 har en fordringshaver dividendekrav i boet. Hele konkurssystemet med dividendeutbetaling, er bygget opp under forutsetningen om at like krav behandles likt. Det synes ikke da rimelig å gi et arts- eller verdibestemt krav en fortrinnsmessig stilling i et konkursbo.

Videre er også individualisering normalt et rettsvernkrav der annen sikringsakt ikke er påkrevet.⁶⁵ Slik er det for eksempel ved ”interesselæren”.⁶⁶ Etter denne lære har kjøperen rettsvern uten overlevering, hvis salgsgjenstanden beror hos selger i kjøpers interesse. Ved generisk bestemte kjøp er det et tilleggskrav at salgsgjenstanden kan individualiseres hos selgeren. Bakgrunnen for et slikt individualiseringskrav kan søkes i alminnelige rettsvernshensyn. Hensynet til notoritet gjør seg her gjeldende. Det vil si hensynet til at beviset for angivelige erverv er kontrollerbart, notorisk. En individualisering av kjøpers varer vil altså bevise at varene faktisk er solgt, og at det ikke bare er en påstand i forsøk på å tømme konkursboet for aktiva. På samme måte vil en individualisering av kommisjonsvarene gjøre kommittentens eiendomsrett kontrollerbar eller ettersiselig. At kommisjonsvarene er utskilt som kommittentens, beviser at det foreligger et kommisjonsforhold. Ved sammenblanding er det ikke lenger notoritet rundt kommittentens rett til varene. Uten et individualiseringskrav kunne hvem som helst hevde å ha separatistrett i varer som befinner seg hos forhandler. Dette taler

⁶⁵ Se Falkanger, Tingsrett s 613

⁶⁶ Se Brækhus/Hærem, Tingsrett s 502 flg.

for at i de tilfeller kommisjonsgodset sammenblandes med annet gods, slik at det ikke lenger er individualisert, taper kommittenten sin separatistrett fullstendig.

Mye taler derfor for at separatistretten faller helt bort ved sammenblanding, og at kommittenten sitter igjen med et dividendekrav i boet.

Etter gjeldende rett er nok situasjonen slik at separatistretten faller helt bort der kommisjonsgodset sammenblandes med kommisjonærens eget eller andre kommittenters gods. Vi kan imidlertid spørre om sameie, slik Brækhus og Hærem argumenterer for, er en vel så god løsning. I så tilfelle beskyttes kommittenten ved at han ikke mister eiendomsretten til varene. Et spørsmål som reiser seg her, er hvorvidt kommittenten bør gis slik beskyttelse. Usikrede kreditorer er i utgangspunktet ikke beskyttelsesverdig. En kommittent yter imidlertid nødvendigvis ikke kreditt. Kommisjonsforholdet kan ha andre grunner for seg. Kommisjon kan for eksempel være ønskelig for å nyttiggjøre seg kommisjonærens kundekrets og goodwill. Kreditlementet er derfor mindre enn ved salgspant. Det kan dermed være rom for å behandle kommittenten annerledes enn andre usikrede kreditorer.

Sammenblanding vil som utgangspunkt være uberettiget. Skulle ikke kommisjonæren overholde plikten til å holde varene atskilt etter kml. § 10(1) annet punktum, vil dette medføre en uberettiget sammenblanding. Kommisjonslovens regler er imidlertid deklarasjonelle med hensyn til partenes innbyrdes rettsforhold, jf. lovens § 1. Det betyr at partene kan avtale seg bort fra plikten til å bevare kommisjonsgodsets identitet.⁶⁷ Tredjemanns rettsstilling vil imidlertid være upåvirket av partenes avtale.⁶⁸ Det vil si at en slik avtale ikke får konsekvenser for rettsvernreglene. De er preseptoriske, og således må kommisjonsgodsets identitet være bevart for at kommittenten skal kunne ha separatistrett i forhold til kommisjonærens konkurskreditorer.

Det kan reises spørsmål om partene kan fravike kommisjonslovens regler uten at kommisjonsforholdet som sådan faller bort. Her følger jeg ikke forutsetningen om at vilkårene for separatistrett nødvendigvis er oppfylt, som er satt i kapittelets innledning. Spørsmålet blir derfor av relevans for oss, da det i de tilfeller kommisjonsloven er fraveket i så stor grad at forholdet ikke er å anse som

⁶⁷ Se Lindebrække, Eiendomsrett s 135

⁶⁸ Se Norsk lovkommentar note 1 til kommisjonsloven.

kommisjon, heller ikke foreligger separatistrett som mulig kan bortfalle. Til tross for at partene foretar vidtgående endringer i lovens normalavtale, kan forholdet likevel bli å bedømme som kommisjon i lovens forstand. Denne oppfatning er kommet til uttrykk i Rt 1932 s 814. Her var det spørsmål om varer var levert i kommisjon. Retten slår fast at kommisjonsforhold ikke er utelukket ved at partene har avtalt avvikelser fra en rekke av lovens regler. Dette blir begrunnet med at reglene er deklarasjonelle. Det avgjørende for å anse forholdet som kommisjon, er at partene har ment at leverandøren skal være eier av varene inntil forhandleren selger dem videre. I stor utstrekning vil avgjørelsen i det enkelte tilfelle måtte bero på en rent skjønnsmessig vurdering av de konkrete omstendigheter. Det er således vanskelig å trekke opp klare grenser for kommisjonsbegrepet. Dette er uheldig, da det overfor kreditorene er ønskelig med klare rettsregler.

I de tilfeller kml. § 10 fravikes ved avtale, vil sammenblanding være berettiget. Spørsmålet som kan stilles er hvorvidt rettsvirkningen er den samme ved uberettiget og berettiget sammenblanding. Ved berettiget sammenblanding, har ikke kommittenten pålagt kommisjonæren å holde varene atskilt. Mye taler derfor for at kommittenten heller ikke er beskyttelsesverdig og hans separatistrett faller bort. Ved uberettiget sammenblanding bryter kommisjonæren plikten til å holde varene atskilt. Dette skjer utenfor kommittentens kontroll og kommittenten vil her være mer beskyttelsesverdig. Likevel tapes separatistretten også ved uberettiget sammenblanding. Grunnen til dette er at det ikke er hensynet til hvem som er mest beskyttelsesverdig som begrunner regelen. Det avgjørende er notoritetshensyn; hva som faktisk er mulig å påvise at tilhører kommittenten på konkurstidspunktet.

3.2.1.1 Hva kan kommittenten gjøre for å hindre bortfall ved sammenblanding?

Problemstillingen i dette punktet er hva kommittenten kan gjøre for å hindre sammenblanding av de overleverte varer. Da sammenblanding foreligger i det kommittentens varer ikke lenger kan individualiseres, blir det avgjørende for kommittenten å sørge for individualisering av varene sine. Et spørsmål som reiser seg her, er hva som anses for å være tilstrekkelig individualisering.

Det er sikker rett at individualiseringen må foreligge forut for konkursåpningen for at den skal være tilstrekkelig.⁶⁹ Individualiseringen må skje etter noenlunde konstaterbare

⁶⁹ Se Brækhus, Materiell konkurs og eksekusjonsrett s 96-97. Brækhus uttaler seg imidlertid om individualisering i forbindelse med rettsvern i dobbeltsuksjonskonflikter. Vi har å gjøre med

kriterier. Skjer utskillingen bare av kommisjonæren etter kriterier som ikke lar seg etterprøve, foreligger ikke nødvendig individualisering.

Som Falkanger uttaler omkring rettsvern uten overlevering, er det best om individualiseringen er skjedd i samråd med eller i nærvær av begge parter eller en utenforstående tredjemann.⁷⁰ Utskillelsen bør også markeres slik at omgjøring ikke lett kan skje, for eksempel ved merking. Ensidig utskillelse, ved at varepartiet er plassert for seg med lapp eller påskrift om hvem det tilhører, vil være tilstrekkelig. Det er altså ikke strenge krav til individualiseringen, hvilket Jernskrapdommen illustrerer.⁷¹

Her solgte et skipsverft oppsamlet jernskrap for et år. Kjøperen betalte for skrapet, men avtalte ikke avhenting før i februar det påfølgende år. Innen avhenting gikk verftet konkurs. Det oppstod tvist mellom kjøperen og verftets konkursbo om retten til jernskrapet. Det springende punkt var hvorvidt skrapet var tilstrekkelig individualisert som kjøpers. Alt skrapet for året var lagt i en haug for seg på verftets tomt. Avfall for det nye året, ble lagt i annen haug. Dette anså retten for å være nok for å kunne fastslå at skrapet var tilstrekkelig individualisert som kjøpers.

Til tross for at haugen ikke var merket utad på noen måte, og intet annet ga uttrykk for at haugens innhold var kjøpers eiendom, ble altså individualisering ansett å foreligge. Når dette var tilstrekkelig, kan vi slutte at kravene til individualisering ikke er videre strenge.

De krav til individualisering som har vært stilt som vilkår for separatistrett, er relativt lempelige, og antakelig må det antas tilstrekkelig at varene er merket.⁷²

Rt 1932 s 814 illustrerer de lempelige krav til individualisering. Byretten uttaler, hvilket Høyesterett i det vesentlige tiltrer, at varene riktignok ble lagret i kommisjonærens

hjemmelmannskonflikter, og individualiseringskravet oppstår i forbindelse med sammenblanding.

Dermed er ikke dette direkte anvendbart i vårt tilfelle. Brækhus kommer imidlertid med uttalelser om individualiseringskravet som må kunne antas å gjelde generelt.

⁷⁰ Se Falkanger, Tingsrett s 613

⁷¹ Rt 1912 s 263

⁷² Se Sandvik, Handelsagentur s 86

lager, men henlagt for seg på spesielle hyller. Dette ble ansett for å være tilstrekkelig for til enhver tid å kunne individualisere kommittentens varer.⁷³

Kommittenten kan altså individualisere varene sine i forsøk på å hindre bortfall av separatistretten. Men ikke alle typer varer kan sikres mot sammenblanding. Kommisjonæren kan tenkes å endre individualiseringen på egenhånd ved å fjerne merkelapp og lignende. Kommittenten kan merke oljefatene han overleverer, men åpnes de og blandes med annen olje, foreligger sammenblanding med de konsekvenser det medfører. Noe annet er sykler som merkes med rammenummer. Her vil det til en hver tid være mulig å skille ut de syklene som tilhører kommittenten.

Ved siden av merking kan kommittenten søke å få kommisjonæren til å forplikte seg til å påvise det utskilte parti for en tredjemann. Han kan også søke å tilforhandle seg en rett til jevnlig å kontrollere at kommisjonæren holder varene atskilt. Dette er nok imidlertid ikke særlig effektivt da kommisjonæren når som helst kan bryte sin forpliktelse. Slikt brudd fører til sammenblanding, og straks varene er sammenblandet, faller separatistretten bort. En kunne tenke seg å løse dette ved at kommisjonsgodset oppbevares på eget rom og nøkkelen overgis kommittenten, som ved nøkkelpant, jf. pantel. § 3- 2(2). Dette er imidlertid lite praktisk. Kommisjonærens oppgave er jo nettopp å råde over kommittentens varer ved å videreselge dem for hans regning.

Vi kan spørre oss om kommisjonæren bør unngå å fravike § 10 for å komme best ut ved sammenblanding. Ved brudd på plikten til å holde godset atskilt etter kml. § 10(1), oppstår nemlig ulike rettsvirkninger. Den som er av betydning i vår sammenheng, er erstatningsplikten som påhviler kommisjonæren etter kml. § 17. Bestemmelsen pålegger kommisjonæren å betale erstatning for skade som voldes grunnet hans pliktforsømmelse. Ved sammenblanding forsømmer kommisjonæren plikten til å holde varene atskilt. Følgelig taper kommittenten retten til varene sine. Kml. § 17 bøter imidlertid på dette. Kommisjonæren er pliktig å betale erstatning for den skade som voldes kommittenten på grunn av pliktforsømmelsen. Skaden vil være det økonomiske tap kommittenten lider ved ikke å få varene sine utlevert. I vårt scenario er imidlertid kommisjonæren slått konkurs. Derfor må erstatningskravet rettes mot konkursboet. Et

⁷³ Rt 1932/814. s 818

erstatningskrav hjelper således lite i de tilfellene som begrunner kommittentens separatistrett. Kommittenten vil stå tilbake med et alminnelig dividendekrav i et konkursbo som i verste fall kan vise seg å være et nullbo. Vi ser etter dette at ved kommisjonærens konkurs har det ikke betydning for kommittentens rettigheter ved sammenblanding om han fraviker § 10 eller ikke.

Konklusjonen blir at det mest effektive kommittenten kan gjøre for å hindre sammenblanding er å merke varene slik det best lar seg gjøre avhengig av type gods. Det må imidlertid påpekes at kommittentens muligheter for å hindre sammenblanding er minimal. Det er få varer som kan merkes slik at de ikke lar seg sammenblande under noen omstendighet. Slike varer vil som nevnt kunne være nummererte sykler. Ellers vil kommittenten aldri være garantert at kommisjonæren ikke sammenblander varene med sine egne, til tross for merking fra kommittentens side.

3.2.2 Faktiske forandringer av de overleverte varer

Problemstillingen under dette punkt er hvilken betydning det har for kommittentens separatistrett at kommisjonæren foretar forandringer på de overgitte varer.

Slike forandringer kan være at varene sammenføres med andre for eksempel ved montering. Varene kan også bearbeides. Dette vil kunne være tilfellet ved råvarer. Kommisjonæren produserer for eksempel vesker av skinn han får overlevert av kommittenten. Varene kan også forandres ved at kommisjonæren foretar påkostninger. En påkostning resulterer normalt i at varen stiger i verdi. Dette vil for eksempel være tilfellet der kommisjonæren trimmer motoren på motorsykler han er blitt overlevert.

Kommisjonæren kan ha rett til å foreta slike disposisjoner i kraft av kommisjonsavtalen. I motsatt fall vil disposisjonene være uberettigede i forhold til kommittenten.

Et spørsmål som kan stilles i denne sammenheng, er hvorvidt slike disposisjoner er forenlig med kommisjonsbegrepet. Kan man ikke si at det foreligger kommisjon, vil kommittenten heller ikke ha separatistrett som kan falle bort. Under dette punkt tilsidesetter jeg derfor forutsetningen om at vilkårene for separatistrett er oppfylt, som er oppstilt innledningsvis.

Det springende punkt er hvorvidt forhandler selger for ”en andens regning”⁷⁴ der bearbeidelsen, sammenføyningen eller påkostningen av varen utgjør forhandlers dominerende forpliktelse.

Krüger hevder at bearbeidelse av de overleverte varer ikke er forenlig med kommisjon.⁷⁵ Dette begrunnes med at forhandlers returrett blir illusorisk i slike tilfeller. Returretten er imidlertid bare ett moment for at det foreligger salg for fremmed regning.⁷⁶ Det kan derfor ikke være noe i veien for at vilkåret om fremmed regning kan være oppfylt i de tilfeller forhandler skal foreta sammenføyning, påkostning eller bearbeidelse. Til tross for at forhandler skal stå for store bearbeidelser, må ikke salget nødvendigvis skje for forhandlers regning og risiko. Leverandøren kan ha risikoen for salgbarheten av den bearbeidede vare og ha gevinstmuligheten ved salget.⁷⁷ Slike disposisjoner er følgelig forenlig med kommisjonsordningen.

Spørsmålet som så reiser seg, er hvorvidt slike forandringer av varen fører til at separatistretten faller bort.

Når kommisjonæren skal bearbeide kommisjonsvarene, ser det ut til å foreligge en tilvirkningskontrakt ved siden av salgoppdraget. Der bestiller selv skaffer materialet, som ved salgskommisjon, anses forholdet for å falle utenfor kjøpslovens anvendelsesområde.⁷⁸ Det avgjørende blir hvilke regler som gjelder for separatistrett ved slike tilvirkningskontrakter. Andenæs hevder at kommittenten har separatistrett både til det overgitte materialet og til det ferdige produktet i slike tilfeller.⁷⁹ Materialet som overleveres forhandleren/tilvirkeren tilhører kommittenten fra før, og eiendomsretten opphører ikke til tross for bearbeidelsen. Ettersom det er kommittenten som er rette eier av materialet kan kommisjonærens konkursbo ikke beslaglegge dette.⁸⁰

⁷⁴ Jf. Kml. § 4

⁷⁵ Se Krüger, Kontraktsrett s 526

⁷⁶ Se pkt. 2.4

⁷⁷ Se Bergli, Leverandørenes separatistrett s 64

⁷⁸ Se Lov om kjøp av 13. mai 1998 nr.27 § 2(1)

⁷⁹ Se Andenæs, Konkurs s 186

⁸⁰ Jf. dekn. § 2-2

Konkursboet bør imidlertid kunne beholde det bearbejdede inntil kommittenten har betalt for bearbejdelsen med hjemmel i den alminnelige tilbakeholdsrett.

Hvor kommisjonæren kun foretar mindre forandringer av varen, for eksempel ved å montere enkelt ekstraustyr, er det lite som taler for at kommittentens separatistrett skal bortfalle.

Annerledes blir det trolig i de tilfeller der kommisjonærens arbeid eller påkostning utgjør produktets vesentlige verdi, eller der en utskillelse av kommisjonsvarene vil medføre store kostnader. Her er det nok ikke like rimelig at kommittentens separatistrett står seg. I slike tilfeller vil varen kunne utgjøre store verdier for kommisjonærens konkursbo. Det er rimelig at disse verdier tilfaller boet fremfor at kommittenten beskyttes på bekostning av de øvrige kreditorer.

Der varene blir bearbejdet i så stor grad at de ferdige produktene fremstår som noe helt annet enn de overgitte, vil det heller ikke være naturlig å la kommittentens separatistrett stå seg. I slike tilfeller mister de overleverte varer sin identitet, og det vil ikke være mulig å individualisere dem. Som Sandvik hevder, må separatistretten generelt anses betinget av at det kan påvises spesifikke ting retten knytter seg til.⁸¹ Dette er fordi en individualisering av kommisjonsvarene skaper notoritet rundt kommittentens eiendomsrett til varene. Her vil de samme hensyn som ved sammenblanding gjøre seg gjeldende, og det er naturlig å la separatistretten falle bort.

Det kan her være naturlig å trekke en parallell til reglene om bortfall av salgspant. Det fremgår av panteloven at salgspant i visse tilfeller faller bort ved sammenføyning, bearbejdelse og påkostning.⁸² Salgspantet vil falle bort hvis salgstingen sammenføyres på en slik måte at en utskilling ville medføre uforholdsmessige omkostninger eller urimelig verditap, eller dersom bearbejdelse eller påkostning har ført til at salgstingens karakter eller verdi er gjennomgått en ikke uvesentlig forandring. Hvis ikke salgspantet falt bort i slike tilfeller, ville salgspanthaver få sikkerhet i en del av produktverdien som skyldes kjøperens produktive innsats. Dette ville være i strid med prinsippet om at

⁸¹ Se Sandvik, Handelsagentur s 86

⁸² Se pantel. §§ 3-19 og 3-20.

salgspant bare kan betinges i de verdier som er kommet til ved salget.⁸³ En kunne tenke seg at salgspanthaver kunne ha en prosentvis sikkerhet i det ferdige produkt. Fra et retts teknisk synspunkt vil imidlertid en slik ordning kunne være problematisk. Det kan blant annet være vanskelig å bestemme hvilken brøkdel salgspanthaveren skal kunne søke dekning i. Hvordan kan for eksempel verdien av kjøperens arbeidsinnsats fastsettes? På samme måte vil det ikke være rimelig at en kommittent skal ha separatistrett i varer som er vesentlig forandret eller som har en større verdi enn de varer han opprinnelig overleverte. Hensynene bak bestemmelsene om bortfall av salgspant vil derfor gjøre seg tilsvarende gjeldende ved kommisjon. Dette taler for at kommittentens separatistrett faller bort ved vesentlig bearbeidelse, påkostninger eller sammenføyninger.

Kommittenten kan ikke forhindre at kommisjonæren foretar slike disposisjoner. Følgelig har ikke kommittenten noen mulighet til å forhindre bortfall av separatistretten i slike tilfeller.

Kommittenten vil imidlertid kunne kreve erstatning etter kml § 17, dersom de faktiske forandringene av kommisjonsvarene ikke er forenlig med kommisjonsavtalen eller for øvrig medfører brudd på hans plikter etter kommisjonsloven. Erstatningskravet må imidlertid rettes mot boet som et alminnelig dividendekrav. Følgelig stilles kommittenten svakere enn om separatistretten var i behold.

3.3 Bortfall ved kommisjonærens selvinntrede

Gjenstand for drøftelse i dette punkt er hvorvidt kommittenten taper sin separatistrett der kommisjonæren selv trer inn som kjøper av kommisjonsvarene og når separatistretten i så fall faller bort.

Kommisjonæren har i oppdrag å selge kommisjonsgodset til en tredjemann. Ved selvinntrede trer kommisjonæren imidlertid selv inn som kjøper av det overleverte kommisjonsgods. Som hovedregel har ikke kommisjonæren rett til slik selvinntreden. Kml. § 40 fastslår at kommisjonæren bare kan tre inn som kjøper når avtale,

⁸³ Se pantel. § 3-14

handelsbruk eller annen sedvane gir ham rett til det. Når lovgiver velger å anse selvinntrede utelukket der det ikke kan påvises særlig hjemmel for den, skyldes dette dels de betenkeligheter som kan anføres mot en rett til selvinntrede. Faren ved å la kommisjonæren ha rett til å tre inn som kjøper, er den interessekonflikt som oppstår mellom kommisjonærens plikt til å skaffe kommittenten best mulig pris og hans egen interesse i å tjene mest mulig på handelen.⁸⁴

Kml. § 53(1) forutsetter at selvinntreden fører til tap av kommittentens eiendomsrett. Ved tap av eiendomsretten tapes også separatistretten til de overgitte varene. Det er altså ikke tvilsomt at separatistretten faller bort der kommisjonæren selv trer inn som kjøper av varene. Når kommisjonæren trer inn, blir forholdet å betrakte som et alminnelig kjøp, jf. kml. § 43(1). Ved alminnelig kjøp overføres selgers eiendomsrett til varene. Er salgspant avtalt vil han derimot ha en særrett til dekning i de overleverte varene. Salgspant vil være gyldig forutsatt at kommisjonæren kjøper varene til eget bruk. Kjøper kommisjonæren varene i den hensikt å selge dem videre, vil salgspantet falle inn under forbudet i pantel. § 3-15(2) og er følgelig ugyldig. Ved gyldig salgspant reiser det seg imidlertid spørsmål om hvorvidt salgspantet har rettsvern etter pantel. § 3-17. Kravet om at salgspantet må avtales skriftlig og senest samtidig med at salgstingen overleveres kjøper, kan i disse tilfeller vanskelig oppfylles. Varene vil jo under alle omstendigheter være overlevert før kjøpet inntreffer. Har ikke salgspantet rettsvern, vil det heller ikke stå seg overfor kommisjonærens konkursbo, og kommittentens separatistrett faller bort.

Ettersom separatistretten faller bort ved selvinntreden, vil det være av stor betydning for kommittenten når slik inntreden anses å foreligge. Det vil være avgjørende om selvinntrede skjer før konkurstidspunktet. I motsatt fall vil kommittenten ha separatistretten i behold. En klar definering av tidspunktet for selvinntrede er også viktig ved prissvigninger i markedet. Kommisjonæren skal ikke kunne berike seg på kommittentens bekostning ved å påstå at han trådte inn tidligere eller senere avhengig av hva som gir størst gevinst.

⁸⁴ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 50

Kml. § 41(1) omhandler hvordan selvinntreden skjer. I henhold til bestemmelsen trer kommisjonæren inn ved at han uttrykkelig erklærer at han selv er kjøper eller selger. Erklæringen skal gis i kommisjonærens underretning til kommittenten om at oppdraget er utført. Etter kml. § 7 er kommisjonæren pliktig å underrette kommittenten om forhold som er av betydning for oppdraget, og da særlig om avtaler han har sluttet.

Så langt er det slått fast at kommisjonæren må avgi erklæring om selvinntrede for at det skal foreligge. Vi står likevel tilbake med spørsmålet om det eksakte tidspunkt for når kommisjonæren regnes for å ha trådt inn som kjøper. Det kan her tenkes to alternativer. For det første at selvinntreden skjer i det kommisjonæren forfører over varene som sine egne, for eksempel ved å ta de i bruk, og for det annet at når kommisjonæren avgir erklæring om dette.

Ordlyden i kml. § 41(1) taler for at tidspunktet for selvinntreden foreligger ved avgivelsen av erklæring om dette, jf. ”Selvindtræde sker ved, at kommissionæren...uttrykkelig erklærer, at han selv er kjøper eller selger.” Kml. § 42(2) første punktum taler for samme løsning. Den slår fast at prisen kommisjonæren skal betale skal fastsettes ut i fra hva som var gjengs da kommisjonæren avga erklæring om selvinntreden.

Det kan imidlertid synes hensiktsmessig å knytte selvinntredelsestidspunktet til det tidspunkt hvor kommisjonæren faktisk forfører over varene i de tilfellene kommisjonæren forfører over varene før han har avgitt erklæring til kommittenten om selvinntreden. Forføyning skjer ved en konkret handling slik at selvinntredelsen manifesterer seg i det ytre. Kml. § 42(2) annet punktum taler i favør av en slik løsning. Bestemmelsen omhandler de tilfeller der kommittenten har trådt inn som kjøper. Den slår fast at oppgjør ikke må skje til en lavere pris enn den som var gjengs da kommisjonæren rådet over godset for egen regning. Bestemmelsen lar altså tidspunktet for forføyningen være avgjørende, som om den forutsetter at selvinntreden skjer ved dette tidspunkt.

I det kommisjonæren råder over godset som sitt eget, foreligger faktisk selvinntreden som ikke tilfredsstillende kravene for hvordan selvinntreden skal skje, jf. kml. § 41(1). I slike tilfeller anses kommisjonæren for aldri å ha trådt inn som kjøper av varene.

Følgelig kan ikke selvinntredelsestidspunktet være ved forføyningen. Forføyer kommisjonæren over varene før han avgir erklæring om at han har trådt inn som kjøper, er ikke inntredelsen gyldig før slik erklæring foreligger. Rt 1931 s 1185 gir støtte for en slik oppfatning. Det fremgår av denne at plikten til å avgi erklæring om selvinntredelse etter § 41(1) ikke faller bort på grunn av tidligere forføyning.

Tidspunktet for selvinntreden er således ikke før erklæring om dette foreligger. Et spørsmål som reiser seg i denne forbindelse, er når slik erklæring anses for å være avgitt. Er den avgitt i det kommisjonæren sender erklæringen, når kommittenten mottar den, eller eventuelt ikke før den er kommet til kommittentens kunnskap?

I følge lovens motiver⁸⁵ er det avsendelsen av erklæringen som fikserer selvinntredelsestidspunktet. Også i henhold til Norsk lovkommentar⁸⁶ anses selvinntreden for å være skjedd ved avsendelsen av erklæringen. Å la avsendelsen fikse tidspunktet for selvinntredelse, har gode grunner for seg. Tidspunktet vil være etterviselig da de fleste forsendelsesmetoder vil være datostemplet. Å la det avgjørende tidspunkt være når kommittenten mottok erklæringen eller da den kom til dennes kunnskap, vil være mer usikkert. Tidspunktet for når erklæringen ble mottatt kan nok ikke i alle tilfeller påvises med samme nøyaktighet som avsendelsen. Alternativet å la selvinntredelsen være virksom fra erklæringen kommer til kommittentens kunnskap, vil ikke ha noe for seg. Kommittenten kunne ganske enkelt la være å lese erklæringen og slik hindre kommisjonæren å tre inn. Dessuten vil kommisjonæren i de fleste tilfeller ha forføyet over kommisjonsgodset før erklæring om selvinntreden foreligger. Å la erklæringen være virksom fra og med avsendelsen, vil dermed være nærmest den faktiske selvinntredelsen. Etter dette skulle det ikke være stor tvil om at kommisjonærens selvinntredelse anses for å skje ved avsendelsen av erklæringen.

Kommisjonsloven er fra 1916. Kommunikasjonssystemene er andre i dag enn da loven ble til. Mottakelsestidspunktet vil være påviselig med en del av dagens kommunikasjoner, som for eksempel ved e-post og fax. En kan derfor spørre seg om det

⁸⁵ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 51

⁸⁶ Se Norsk lovkommentar note 118 til kommisjonsloven

avgjørende tidspunkt for når erklæringen anses avgitt heller burde være i det kommittenten mottar den. Dette vil være i overensstemmelse med alminnelige avtalerettslige regler, da en erklæring som dette vil være å anse som et påbud i avtalerettslig forstand.

Det kan være ønskelig for kommittenten at selvinntreden skjer ved mottakelsen, da han da får vite at kommisjonæren trer inn som kjøper i samme øyeblikk det skjer. Kommittenten har imidlertid gitt kommisjonæren i oppdrag å finne en kjøper, og vil normalt ikke få rede på salgsavtalen med tredjemann før etter at den er sluttet. Dessuten gjelder fristen for å avvise selvinntrede fra kommittenten mottar erklæringen. Ved uberettiget selvinntreden kan kommittenten avvise kommisjonærens inntreden, dermed skulle det ikke spille stor rolle for kommittenten om inntredenen er virksom ved avsendelsen eller mottakelsen av erklæringen. Ved berettiget selvinntreden kan ikke kommittenten avvise inntreden. Følgelig skulle ikke det eksakte tidspunkt for når inntredet anses skjedd ha videre betydning for kommittenten, bortsett fra det formål å finne et tidspunkt som lett lar seg påvise i ettertid. På bakgrunn av dette kan jeg ikke se noen gode grunner for at selvinntredelsestidspunktet burde være fastsatt ved mottakelsen. Det er heller ikke rimelig at kommisjonæren, som plikter å gi melding om selvinntreden, taper rett når erklæringen ikke kommer frem til mottaker av grunner utenfor hans kontroll.

Etter de ovenstående drøftelser blir konklusjonen at kommittentens separatistrett faller bort når kommisjonæren selv trer inn som kjøper, og at dette skjer ved avsendelsen av kommisjonærens selvinntredelseserklæring.

3.3.1 Hva kan kommittenten gjøre for å hindre bortfall ved selvinntrede?

Etter kml. § 41(2) kan kommittenten avvise en uberettiget selvinntredelse fra kommisjonærens side. Hvis ikke kommittenten avviser inntredenen, anses den for å være godkjent, med den virkning at separatistretten faller bort. For at en avvisning som har grunnlag i at kommisjonæren har trådt inn i strid med § 40 skal være virksom, må den skje slik § 41(2) oppstiller. Kommittenten har i henhold til § 41(2) en reklamasjonsplikt der han ønsker å avvise selvinntrede. Det er imidlertid kun de selvinntredelsene som er i strid med § 40 som må avvises slik § 41(2) oppstiller.

Vi kan her spørre oss om kommittenten kun kan avvise selvinntrede der det er i strid med kml. § 40, eller om et selvinntrede også kan avvises av andre grunner, for eksempel fordi kommisjonæren tidligere har gitt ham underretning om at oppdraget er utført ved avtale med tredjemann. Ordlyden i kml. § 41(2) siste punktum: ”Ellers kan han ikke av den nævnte grund avvise selvindtrædet”, indikerer at dette ikke vil være den eneste avvisningsgrunn. Dette må bety at kommittenten kan tenkes å kunne avvise selvinntrede av andre grunner. I motivene til kommisjonsloven⁸⁷ kommer det også klart frem at unnlatelsen av å reklamere etter kml. § 41(2), ikke avskjærer adgangen til å gjøre gjeldende at selvinntredelsen var uberettiget av andre grunner.

Det kan stilles spørsmål om hvorfor kommisjonsloven kun stiller krav til avvisningen der kommisjonærens selvinntreden er i strid med § 40. Anser kommittenten selvinntredelsen for å være uhjemlet bør han gi kommisjonæren meddelelse om avvisningen. Kommisjonæren kan ha misforstått kommisjonsavtalen, eller trodd slik rett fulgte av handelsbruk eller annen sedvane og vil da kunne være beskyttelsesverdig. Foreligger det ikke meddelelse om avvisningen innen rimelig tid, bør han derfor vinne rett. Ved andre avvisningsgrunner pålegges ikke kommittenten noen reklamasjonsplikt, og selvinntrede anses uten videre for å være uvirksomt. Bakgrunnen for dette er at kommisjonærens opptreden da normalt vil være klanderverdig og rimelighetshensyn taler for at det er kommittenten som da bør beskyttes. I et slikt tilfelle vil kommittenten heller ikke ved meddelelsen om selvinntreden nødvendigvis kjenne til den relevante avvisningsgrunn. Et eksempel kan være hvor det er avtalt at kommisjonæren skal ha en selvinntredelsesrett, men hvor konkrete omstendigheter gjør at selvinntreden likevel ikke er berettiget. En kan for eksempel tenke seg at kommisjonæren kjenner til forhold som medfører at prisen på en vare vil stige. Ved å tre inn kan han selv tilegne seg denne fordel, på bekostning av kommittenten. Dette vil representere et forsettlig brudd på kommisjonærens forpliktelse til å ivareta kommittentens tarv etter kml. § 7. Følgelig er det kommittenten som bør beskyttes og ikke kommisjonæren.

For at ikke kommittenten skal miste separatistretten der kommisjonæren trer inn til tross for at slik adgang ikke er hjemlet i avtale, handelsbruk eller annen sedvane, må

⁸⁷ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 51

kommittenten altså avvise den i overensstemmelse med kml. § 41(2). Bestemmelsen oppstiller som vilkår for avvisningen at kommitten gir kommisjonæren meddelelse om denne.

Videre oppstiller kml. § 41(2) et krav om at slik meddelelse må foreligge ”uten ugrunnet opphold” etter at kommisjonæren har avgitt erklæring om at han selv trer inn. I denne sammenheng blir det avgjørende hva som regnes som ”uten ugrunnet opphold”. I dette uttrykket ligger at det ikke skal ta uforholdsmessig lang tid før meddelelse foreligger. Går det noe tid, må oppholdet ha gode grunner for seg. Lovens motiver⁸⁸ gir uttrykk for at ”uten ugrundet opphold” må undergis en streng fortolkning. Kommittenten kunne ellers spekulere på kommisjonærens bekostning. Han kunne for eksempel vente med å reklamere til han fikk undersøkt om han kunne få bedre pris for varen fra andre kjøpere.

En kan tenke seg at en melding om avvisning er sendt uten at den er nådd frem til kommisjonæren. Spørsmålet blir da på hvilket tidspunkt det kan sies at kommitten har gitt kommisjonæren sin meddelelse, jf. kml § 41(2). Kml. § 3 omhandler tilfeller der en meddelelse forsinkes eller ikke når mottaker overhodet. Bestemmelsen gir kommitten den sikkerhet at om han sender sin meddelelse med post, telegraf eller på annen forsvarlig måte, går det ikke utover ham om meddelelsen forsinkes eller ikke kommer frem. Dermed ser vi at så lenge kommitten sender sin meddelelse på en forsvarlig måte uten ugrunnet opphold, er dette tilstrekkelig for å tilfredsstille lovens krav til meddelelsen. Meddelelsen anses avgitt i og med den forsvarlige forsendelsen. Skal kommitten etter § 41(2) avvise kommisjonærens selvinntrede, betyr dette at melding om avvisningen anses avgitt i det den er forsvarlig sendt, jf. kml § 3.

Det er viktig at kravene til avvisningen overholdes for å hindre bortfall av separatistrett i de tilfeller kommisjonæren trer inn i strid med § 40. Som nevnt kan avvisning også ha sitt grunnlag i annet enn at selvinntrede er i strid med denne bestemmelse. En tenkelig avvisningsgrunn kan for eksempel være at kommisjonæren tidligere har gitt kommitten underretning om at oppdraget er utført ved avtale med tredjemann. Det vil ha den virkning at varene allerede er disponert over og at kommisjonærens

⁸⁸ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 51

selvinntrede vil medføre et brudd på avtalen med tredjemann. For at kommittenten skal kunne avvise et selvinntrede, må det være uberettiget. Motsetningsvis vil et berettiget (eller hjemlet) selvinntrede ikke kunne avvises.

Kommittentens ønske er å hindre at han mister sin separatistrett ved selvinntreden. Han bør derfor forsøke å hindre kommisjonæren å tre inn som kjøper. Kommittenten kan imidlertid vanskelig hindre at kommisjonærens uberettiget trer inn. Han kan derimot, i den utstrekning det lar seg gjøre, sørge for at kommisjonæren ikke berettiget kan tre inn som kjøper. Kommittenten bør derfor unngå at kommisjonæren i avtalen gis selvinntredelsesrett. Poenget for kommittenten er imidlertid å få solgt varene sine. Så lenge varene blir solgt til best mulig pris, skulle det være likegyldig for kommittenten hvem som er kjøper. I de tilfellene kommisjonæren slås konkurs, får dette likevel betydning. Her vil kommittenten være mest tjent med at kommisjonæren ikke har trådt inn som kjøper. Grunnen er at om varene befinner seg på lager har kommittenten utgangspunktet separatistrett til dem, men har kommisjonæren trådt inn som kjøper vil kommittentens krav begrense seg til et dividendekrav på kjøpesummen.

Når kommisjonærens rett til å tre inn som kjøper av kommisjonsgodset følger av handelsbruk og annen sedvane er det lite kommittenten kan gjøre for å hindre slik inntreden. Det kommittenten er i posisjon til å gjøre for å hindre tap av separatistretten er for det første å unngå å gi kommisjonæren rett til å tre inn som kjøper og ved uberettiget selvinntredelse; avvise den i overensstemmelse med de krav § 41(2) oppstiller.

3.4 Bortfall ved salg

Gjenstand for drøftelse under dette punkt er bortfall av separatistrett som følge av kommisjonærens salg av de overleverte varer.

Den klare forutsetning i et videresalgsscenario er at varene som overleveres kommisjonæren, skal videreselges. Formålet med kommisjonsordningen er nettopp at kommisjonæren skal finne en kjøper. Kommisjonæren er således berettiget til å selge varene til tredjemenn. Det vil imidlertid kunne være tilfeller der salget er uberettiget.

Slik vil det være der kommisjonæren overskrider eventuelle begrensninger kommittenten har satt i hans kompetanse til å selge overgitte varer, se nedenfor under punkt 3.4.2.

3.4.1 Berettiget salg

Det fremgår av kml. § 53(1) at kommittenten har eiendomsretten til varene inntil den ved salg går over til tredjemann. Kommittentens eiendomsrett til varene faller altså bort ved salg. Følgelig faller også kommittentens separatistrett bort. Skulle ikke kommittenten få oppgjør fra kommisjonæren, kan han derfor ikke kreve å få varene tilbake fra kjøper.

Et spørsmål som reiser seg i denne forbindelse, er på hvilket tidspunkt kommittentens separatistrett faller bort. Tidspunktet for bortfall får betydning der varene befinner seg hos kommisjonæren ved konkursåpning, til tross for at de er videresolgt til tredjemann. I slike tilfeller blir det avgjørende om kommittentens separatistrett faller bort ved inngåelsen av salgsavtalen eller i det kjøper faktisk får overlevert varene. Det følger av kml. § 15 at kommittenten ikke kan avvise avtaler kommisjonæren har sluttet i tråd med sitt oppdrag. Separatistretten faller derfor bort allerede ved avtaleinngåelsen.

3.4.2 Uberettiget salg

Problemstillingen under dette punktet er om kommittenten mister sin separatistrett som følge av kommisjonærens uberettigede videresalg.

Ved uberettiget salg selger kommisjonæren varene i strid med det som følger av hans oppdrag. Hvilken kompetanse kommisjonæren har i forbindelse med videresalget, beror på en konkret tolkning av den avtale som foreligger mellom kommittent og kommisjonær.

Kommittenten kan i avtalen oppstille ”forskrifter” som kommisjonæren er pliktig å følge.⁸⁹ Slike forskrifter kan begrense kommisjonærens salgskompetanse på ulike måter. Det kan for eksempel være satt en prisgrense, ”limitum”, jf. kml. § 8(2). I slike tilfeller vil kommisjonæren være uberettiget til å selge varene under denne fastsatte minstepris. En annen begrensning som kan være satt, er at varene bare kan selges til kjøpere over en viss alder. Dette vil kunne være tilfellet ved varer som er belagt med aldersgrense, som videofilmer eller dataspill.

Ikke alle salg som er i strid med forskriftene er uberettigede. Etter kml. § 8(1) kan kommisjonæren, når forholdene krever det, handle i strid med kommittentens forskrifter. Han plikter da å underrette kommittenten om dette og be om hans godkjenning. Kan ikke godkjenningen avventes, har kommisjonæren plikt til å handle som forholdene krever. Denne plikten til å handle tilsier at salget er berettiget til tross for at det strider mot kommittentens forskrifter, og er et utslag av alminnelige prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold og den derfra avledede tapsbegrensningsplikten.⁹⁰ Et typisk eksempel er der kommisjonsgodset ikke har ubegrenset levetid eller der salget av en eller annen grunn haster. Et eksempel en kan tenke seg er hvor det har vært svært vanskelig å finne kjøper til en kunstgjenstand. Skulle det da dukke opp en interessent som byr noe under den fastsatte prisgrense, er det sannsynlig at kommittenten ønsker å selge likevel og kommisjonæren kan da være forpliktet til å foreta salget.

Om forholdene krever at kommisjonæren fraviker kommittentens forskrifter, vil bero på en konkret tolkning av omstendighetene som foreligger i det enkelte tilfellet. Hvorvidt fravik er påkrevet, får betydning for om salget er berettiget eller uberettiget. Dette får igjen betydning ved vurderingen av separatistrettens bortfall.

Når det nå er klargjort i hvilke tilfeller kommisjonærens salg anses uberettiget, blir spørsmålet om kommittentens separatistrett faller bort ved uberettigede salg.

Kml. § 54(1) omhandler de tilfeller der kommisjonæren forsømmer sine plikter ved å selge varene til lavere pris eller for øvrig i strid med kommittentens tarv. I disse tilfeller

⁸⁹ Jf. kml. § 7

⁹⁰ En slik tapsbegrensningsplikt er en del av plikten til å ivareta kommittentens tarv etter kml. § 7.

får kjøperen rett til godset hvis han ”hverken visste eller burde vite” at kommisjonæren handlet i strid med kommittentens forskrifter.

Vi ser altså at ved uberettigede salg, taper kommittenten sin separatistrett kun i de tilfeller tredjemann er i god tro. Et spørsmål som naturlig reiser seg her, er hva som skal til for at tredjemann er i god tro.

Det er alminnelig godtroekstinksjon vi her står overfor. Vurderingen av den gode tro vil derfor være den samme. Tredjemann er således i god tro når han ikke forstår at kommisjonæren mangler rett, og han heller ikke burde forstå det ” om han hadde vært så aktsom som det må kunne kreves etter forholdene ved avhendingen, tingens art og omstendighetene ellers”, jf. godtrol. § 1(2).

Det er uvesentlig om kjøper har kjennskap til kommisjonsforholdet eller ikke. Det avgjørende er om han er i god tro med hensyn til om kommisjonæren har tilsidesatt sine forpliktelser. At kjøper ikke vet eller burde vite at det foreligger et kommisjonsforhold, utelukker ikke at han likevel kan være i ond tro. Slik vil det være der kjøper kjenner til at det foreligger en form for mellommannsforhold og at mellommannen tilsidesetter sine forpliktelser overfor oppdragsgiver.

Tredjemann må være i aktsom god tro med hensyn til at kommisjonæren ved salget ”væsentlig tilsidesatte kommittentens tarv eller handlet svingaktig i mot denne”. Ut i fra dette ser vi at kjøper ikke er i ’ond tro’ før han vet eller burde vite at kommisjonæren har handlet i strid med kommittentens interesser på vesentlige punkter. Kjennskap til bagatellmessige overskridelser er således ikke nok til å bringe kjøper ut av den gode tro.

Det fremgår av kml. § 54(1) at den gode tro må foreligge ”da avtalen blev sluttet.” Dette er forskjellig fra godtroloven, hvor bedømmelsen av den gode tro knytter seg til tidspunktet for overlevering, jf. godtrol. § 1(1).

Kommittenten mister altså sin separatistrett ved uberettiget salg, dersom kjøper var i aktsom god tro ved avtaleinngåelsen. Som ved berettiget salg, blir det her interessant å avgjøre når separatistretten faller bort. Vi har altså slått fast hva som skal til for at den

faller bort. I det følgende vil jeg vurdere på hvilket tidspunkt separatistretten faller bort. Faller den bort ved avtaleinngåelsen eller i det varene overleveres kjøper?

Lovens ordlyd taler for at avtaleinngåelsen er det avgjørende tidspunkt for når separatistretten faller bort, jf. kml. § 54(1) "...faar kjøperen allikevel ret til godset, hvis han, da avtalen blev sluttet, verken visste eller burde vite,..." Av lovens forarbeider fremgår det også at kjøpers rett til godset ikke er betinget av besittelse av det.⁹¹ De lege ferenda kan imidlertid reelle hensyn tale for å la overleveringen være det avgjørende tidspunkt for når kjøper får rettsvern overfor kommittenten for sitt erverv, og kommittentens separatistrett faller bort. Godtroloven har denne løsning, og hensynet til harmoni i lovverket kan tale for å velge denne løsning også her.

Gjeldende rett må imidlertid være at avtaleinngåelsen er det avgjørende tidspunkt for når separatistretten faller bort. Vi ser her at kjøper stilles sterkere enn etter de alminnelige regler om godtroerverv. Grunnen til dette er nok at kommisjonæren er utstyrt med en sterk legitimasjon som tilsier at godtroende tredjemenn kan være mer beskyttelsesverdige. Kml. § 54(1) omhandler kun de tilfeller hvor kommisjonæren har godset i sin besittelse, idet det er besittelsen som anses for å være den formelle legitimasjon for ham til å forføye over varene. Der kommisjonæren ikke har varene i sin besittelse, medfører kommittentens rett etter kml. § 15 til å avvise avtalen, at tredjemann ikke kan gjøre gjeldende noen rett til varene.⁹²

Separatistretten tapes altså allerede ved avtaleinngåelsen. I de tilfeller hvor solgte varer ikke er overlevert til kjøper ved konkursåpning, kan vi spørre om det eksisterer et krav om at kjøpsgjensstandene må være individualisert for at kjøper skal kunne hente dem ut.

I forarbeidene til kommisjonsloven er det intet vilkår om individualisering. Dette kan tyde på at et slikt vilkår ikke ble ansett for å være nødvendig. Normalt er imidlertid individualisering et vilkår for å oppnå rettsvern, når annen sikringsakt ikke kreves.⁹³ Det følger nærmest av alminnelige rettsgrunnsetninger at individualisering av

⁹¹ Se Ot. prp. nr 7 (1916) s 61.

⁹² Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 60-61

⁹³ Se Falkanger, Tingsrett s 613

kjøpsgjensstanden må være et minstevilkår for at kjøper skal få rettsbeskyttelse for sitt erverv.

Hvis salgsgjenstandene ikke individualiseres, kan det sås tvil omkring hvorvidt det er kommisjonsvarene kommisjonæren har disponert over. For at kommittenten skal tape sin separatistrett ved salget, må det jo være kommisjonsvarer og ikke kommisjonærens egne varer som selges. Dette taler for at individualisering kreves spesielt der kommisjonæren selger like varer for egen og fremmed regning. Selger derimot kommisjonæren kun varer for én kommittent vil dette kunne stille seg annerledes, særlig der tredjemann kjøper hele beholdningen av denne kommittentens varer. Ettersom det da ikke vil være ytterligere varer på kommisjonærens lager må en kunne slå fast at tilstrekkelig individualisering er foretatt.

Et annet moment som taler for et individualiseringskrav, er at hvis ikke salgsgjenstanden er individualisert, vil kjøpers krav mot kommisjonæren være artsbestemt. I de tilfeller hvor varene er tilbakelevert til kommittenten, kan ikke kjøper rette sitt artsbestemte krav direkte mot denne, jf. kml § 56(1) første punktum. Det følger uttrykkelig av denne bestemmelsen at kjøper kun kan rette fordringer mot kommisjonæren og ikke kommittenten.⁹⁴ Kml. § 56(1) annet punktum fastslår at lovregler om krav mot tidligere salgsledd gjelder tilsvarende for krav mot kommittenter. Det eksisterer ingen lovregel som sikrer utlevering av artsbestemte krav av tidligere salgsledd. At kjøper ikke kan rette et artsbestemt krav mot kommittenten, taler derfor for et individualiseringskrav.

Konklusjonen må bli at det må oppstilles et individualiseringskrav der varene er artsbestemt. Dette betyr at om ikke varene er individualisert som kjøpers i de tilfeller der varene fremdeles befinner seg hos kommisjonæren, og salget kun omfatter en del av kommisjonsgodset, mister ikke kommittenten sin separatistrett.

⁹⁴ Dette er en følge av at kommisjon skjer ”i eget navn”, jf. kml. § 4

3.4.3 Hva kan kommittenten gjøre for å hindre bortfall ved salg?

Formålet med kommisjonsavtalen er at kommisjonæren skal videreselge de varer kommittenten overleverer til ham. Dermed vil ikke kommittenten ønske å hindre slikt salg i forsøk på å bevare sin separatistrett.

Der salget er uberettiget vil kommittenten derimot, trolig ønske å hindre salget. Dette har han imidlertid liten mulighet til, da kommisjonæren har varene i sin besittelse. Kommittenten har også liten påvirkningskraft når det gjelder tredjemanns gode tro, og har ingen mulighet til å forhindre individualisering av de varer som er solgt, men fortsatt befinner seg hos kommittenten.

Etter kml. § 15 første punktum har kommittenten rett til å avvise uberettigede salg kommisjonæren inngår. Denne retten er betinget av at hans tarv er vesentlig tilsidesatt eller kommisjonæren har handlet svikaktig. Overfor en godtroende kjøper mister likevel kommittenten sin separatistrett, jf. kml. § 54(1). Ved å avvise det uberettigete salget, får han likevel krav på erstatning tilsvarende varenes verdi, jf. kml. § 15 annet punktum. Dette vil imidlertid være en fattig trøst der kommisjonæren er begjært konkurs. Kommittenten vil her måtte ta til takke med et dividendekrav i boet.

3.5 Bortfall ved andre forføyninger enn salg

3.5.1 Innledning

Det som skal drøftes under dette punkt er hvilken betydning det får for kommittentens separatistrett at kommisjonæren forføyer over kommisjonsvarene på andre måter enn ved salg.

Kml. § 54(2) første punktum omhandler de tilfeller der kommisjonæren foretar slike forføyninger. Bestemmelsen lyder som følger:

”Forføier salgskommissionæren, mens han har godset i sin besiddelse, uberettiget over det paa anden maate end ved salg, er forføiningen allikevel bindende overfor tredjemand, hvis denne var i god tro ved erhvervelsen.”

Her blir det nødvendig å fastslå hva som menes med begrepet ”forføier”. Rent språklig kan det være uklart hva som ligger i dette begrepet. Forarbeidene til kommisjonsloven

oppstiller imidlertid som eksempler på forføyning at kommisjonæren pantsetter eller gir bort kommisjonsvarer.⁹⁵

Andre forføyninger kan også tenkes. Kommisjonæren kan for eksempel leie ut kommisjonsvarene til tredjemann. Jeg velger imidlertid å knytte drøftelsen opp mot de tilfeller der varene blir gitt bort i gave og der de pantsettes, da det er her problemene denne oppgaven omhandler vil kunne oppstå. Ved leie overføres ikke eiendomsretten til leieren. Det vil derfor heller ikke oppstå noen konflikt med leverandørens separatistrett.

Det fremgår av kml. § 54(2) første punktum at kommittentens separatistrett kan falle bort ved slike forføyninger. Det avgjørende blir hvordan bestemmelsen kommer til anvendelse på de ulike forføyninger.

Det forutsettes i det videre at kommisjonæren ikke er berettiget til å foreta forføyningen.

3.5.2 Gaver

Problemstillingen under dette avsnitt er hvorvidt kommittentens separatistrett faller bort der kommisjonæren gir bort de overleverte varer som gave.

Det skulle ikke være noen tvil om at kommisjonæren ”forføier” over varene ved å gi dem bort som gave. Avgjørende for om separatistretten faller bort er da om gavemottaker ekstingverer kommisjonsvarene etter kml. § 54(2) første punktum.

For at gavemottaker skal kunne ekstingvere, må kommisjonæren ha varene i sin besittelse når han gir dem bort. Det er besittelsen som er kommisjonærens legitimasjon for å forføye over varene.⁹⁶

For at gavemottaker skal ekstingvere, må han også være i god tro. Med dette menes at han ikke må vite og heller ikke burde vite at varene er kommisjonsvarer. At gavemottaker kjenner eller burde kjenne til at giveren er kommisjonær, vil neppe være

⁹⁵ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 60

⁹⁶ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 60

nok til å frata ham den gode tro. Kommissjonæren kan jo også føre varer for egen regning, og der de gis bort foreligger det ingen forføyning over kommisjonsgods.

Den gode tro må foreligge ved ”erhvervelsen”. Det vil si at mottaker må være i god tro i det han får gaven.

Der kommissjonæren gir bort de overleverte varer som gave til en godtroende tredjemann, faller kommittentens separatistrett bort.

I de tilfeller hvor varene fremdeles befinner seg hos kommissjonæren til tross for at de er gitt i gave til tredjemann, vil det være av interesse for kommittenten når separatistretten faller bort. Faller den bort ved kommissjonærens underretning om gaven eller i det mottaker faktisk får overlevert varene?

Ordlyden i kml. § 54(2) første punktum indikerer at det avgjørende tidspunkt er i det kommissjonæren forføyer over varene, jf. ”er forføiningen allikevel bindende overfor tredjemand”. Det blir da avgjørende om kommissjonæren anses å forføye over varene allerede ved underretningen om gaven eller i det varene faktisk overleveres mottaker. Ved en underretning om gaven må det kunne sies at kommissjonæren disponerer over varene på en slik måte at han ikke, i forhold til gavemottakeren, kan disponere over dem på annen måte uten å bryte sin forpliktelse overfor denne. Det skulle derfor ikke være stor tvil om at kommissjonæren forføyer over varene i det han underretter tredjemann om at han skal få dem i gave. Kommittentens separatistrett til varene faller således bort ved underretningen om gaven.

Her skiller kml. § 54(2) første punktum seg fra alminnelige ekstinksjonsregler, hvor det er et vilkår for ekstinksjon at tredjemann har fått varene i sin besittelse. Det fremgår av kommisjonslovens forarbeider at en godtroende tredjemanns rett etter § 54 ikke er betinget av at han har fått besittelse av godset.⁹⁷ Kml § 54(2) er nødvendigvis ingen heldig regel. Dette skyldes at bestemmelsen ikke skiller mellom forskjellige typer av erververe. Regelen, som kan ha gode grunner for seg overfor kjøpere og panthavere, slår etter min mening uheldig ut i denne sammenheng. Hensynet til notoritet er bl.a. ikke

⁹⁷ Se Ot. prp. nr. 7 (1916) s 61

tilstrekkelig ivaretatt og forsøk på kreditorsvik kan lett forekomme. Dette gjelder særlig ved gaver, der det er lettere å påstå at noe en har i sin besittelse er gitt bort.

Det er ingenting kommittenten kan gjøre for å forhindre at separatistretten faller bort i disse tilfeller. Kommittenten har gitt kommisjonæren besittelsen av varene, og kan ikke da sikre seg mot at kommisjonæren forføyer uberettiget over dem. Han kan heller ikke frata mottaker hans gode tro.

3.5.3 Pantsettelse

Spørsmålet som skal drøftes i dette punkt er hvorvidt kommittentens separatistrett faller bort ved kommisjonærens pantsettelse av de overleverte varer.

Drøftelsen vil omfatte situasjonen der kommisjonæren håndpantsetter kommisjonsgods, og der han pantsetter sitt varelager og varelagerpanthaver krever at alle varer som befinner seg på kommisjonærens lager skal inngå i pantet.

3.5.3.1 Håndpant

Etter pantelovens definisjon er håndpant en panterett hvor rådigheten over pantet blir fratatt eieren, jf. pantel. § 1-1(3).

Der kommisjonæren pantsetter varene ved håndpant eller nøkkelpant⁹⁸, som sikkerhet for egen gjeld, innebærer dette normalt en uberettiget disposisjon i forhold til kommittenten. Jeg forutsetter her at pantsettelsen skjer mens kommisjonæren har kommisjonsvarene i sin besittelse.

Som det fremgår av kml. § 54(2) første punktum vil pantsettelsen likevel være bindende for kommittenten, så lenge panthaver var i god tro ved etablering av panteretten.

Forutsetningen er at panthaver verken kjenner eller burde kjenne til at pantsettelsen er uberettiget. Kjennskap til kommisjonsforholdet vil imidlertid være nok til å bringe

⁹⁸ Se pantel. § 3-2(1) og (2)

panthaver ut av den gode tro. Dette har sammenheng med at pantsettelse er forføyninger som normalt faller utenfor rammen av kommisjonærens disposisjonsrett.

Tidspunktet for den gode tro er avtaletidspunktet for håndpantsettelsen, jf ”god tro ved erhvervelsen”.

Ved håndpantsettelse av kommisjonsvarene kan vi spørre om det kreves ordinært rettsvern for at panthaver skal kunne gjøre sin panterett gjeldende overfor kommittenten.

Ordinært rettsvern oppnås ved at pantsetter fratas rådigheten over pantet, jf. pantel. § 3-2(2). Det fremgår ikke av ordlyden i kml. § 54(2) første punktum om kommisjonæren må fratas rådigheten for at panthaveren skal kunne gjøre sin rett gjeldende. Forarbeidene til kommisjonsloven berører heller ikke spørsmålet.

En naturlig tolkning av bestemmelsen vil medføre at det må kreves at ordinært rettsvern for panteretten er etablert for at panthaver skal ekstingvere kommittentens rett til varene. Dette følger av at en sikringsakt er et alminnelig vilkår for ekstinktivt erverv.

Der kommisjonæren håndpantsetter kommisjonsvarene, faller følgelig kommittentens separatistrett bort der panthaver er i god tro og har skaffet seg rettsvern for sitt erverv.

På samme måte som ovenfor ved gaver er det ved håndpant vanskelig for kommittenten å hindre at separatistretten faller bort, ettersom det vil være vanskelig for ham å påvirke en eventuell håndpanthavers gode tro. Da kjennskap til kommisjonsforholdet vil være nok til å bringe panthaver ut av den gode tro, kan imidlertid kommittenten forsøke å gjøre kommisjonsforholdet kjent.

3.5.3.2 Varelagerpant

Varelagerpant er en form for tingsinnsbegreppant, og innebærer at det stiftes panterett i det som til en hver tid befinner seg i en næringsdrivendes varelager, jf. pantel. §§ 3-11(1) og 3-5. Det spesielle ved en slik form for pantsettelse er at pantsetter får beholde

rådigheten over pantet, slik at han uten å måtte konsultere med panthaver kan forføye over eiendelene som omfattes av pantet.

Der kommisjonæren har pantsatt varelageret sitt, vil panthaver normalt hevde at kommisjonsvarene inngår i varelagerpantet. Kommittenten vil derimot påstå å ha separatistrett til de overleverte kommisjonsvarer. Spørsmålet som reiser seg er hvorvidt varelagerpantet omfatter varer underlagt kommittentens eiendomsrett.

I pantel. § 3-11(2) heter det at ”Som varelager regnes virksomhetens beholdninger av...” Pantelovens ordlyd tilsier at varelagerpant ikke omfatter kommittentens varer, jf. uttrykket ”virksomhetens beholdninger”. I juridisk teori hevdes det også at varelagerpant kun omfatter de varer som pantsetter eier.⁹⁹ Dette taler for at kommisjonsvarer ikke inngår i varelagerpantet.

Ut i fra dette må vi kunne fastslå at varelagerpantet ikke omfatter varer underlagt kommittentens eiendomsrett. Følgelig vil kommittentens separatistrett stå seg overfor varelagerpanthaveren, som bare har panterett i kommisjonærens egne varer.

Kml. § 54(2) første punktum er imidlertid en særskilt ekstinksjonsregel som kommer godtroende omsetningsserververe til gode. Problemstillingen blir da om denne bestemmelsen kommer en varelagerpanthaver til gode. Det blir altså et spørsmål om hvorvidt bestemmelsen kommer til anvendelse ved kommisjonærens varelagerpantsettelse, med den virkning at kommittentens separatistrett eventuelt faller bort.

3.5.3.2.1 Innebærer pantsettelsen av kommisjonærens varelager en forføyning?

Det blir avgjørende for kommittentens separatistrett om avtalen om varelagerpant innebærer en forføyning i kml. § 54(1) første punktums forstand.

⁹⁹ Se Skoghøy, Panteloven s 305-306

Forarbeidene til kommisjonsloven oppstiller som nevnt pantsettelse som eksempel på forføyning. Uttalelsen har imidlertid liten vekt ved dette spørsmålet, da varelagerpantet først ble innført ved panteloven av 1980.

I vurderingen av om kommisjonæren har forføyet over kommisjonsvarene, er det av betydning om varelagerpantet stiftes før eller etter kommisjonsavtalen inngås. Stiftes varelagerpantet før kommisjonsavtalen, kan man vanskelig si at pantsettelsen innebærer en forføyning. På pantsettelsestiden hadde forhandler ingen kommisjonsvarer å forføye over.

Motsatt vil det kunne foreligge forføyning i de tilfeller der varelagerpantet inngås etter kommisjonsavtalen. Kjelstrup¹⁰⁰ uttaler:

”Hvis kommisjonæren derimot positivt (og svikaktig) har inngitt godtroende varelagerpanthaver at (også) kommisjonsvarene er hans egne, må det vel være klart at han derved må sies å ha ’forføiet’, slik at godtroende varelagerpanthaver overfor kommittenten må nå frem med en henvisning til kl. § 54, 2.”

Således kan en varelagerpantsettelse tenkes å innebære en forføyning av kommisjonsvarene, i hvert fall der kommisjonæren villeder panthaver til å tro at kommisjonsvarene er hans egne.

Varelagerpantets natur tilsier imidlertid at det stadig er i omløp. Varer går ut og inn av lageret, og panthaver har sjelden innrettet seg etter at konkrete varer skal være en del av varelagerpantet. Dermed vil det kunne oppstå problemer ved klargjøringen av om kommisjonsvarene er en del av varelagerpantet.

3.5.3.2.2 Har kommisjonæren ”godset i sin besiddelse”?

For at varelagerpanthaver skal kunne ekstingvere kommittentens rett, må kommisjonæren ha kommisjonsvarene i sin besittelse ved pantstiftelsen. Det er besittelsen som gir kommisjonæren den nødvendige legitimasjon. Panthavers lit til denne legitimasjon gjør ham beskyttelsesverdig og vil kunne danne grunnlag for en eventuell rett til å ekstingvere.

¹⁰⁰ Se Kjelstrup i LoR 1987 s 352

Å ha et varelager er kostnadskreven, både av hensyn til kostnader ved å holde lagerhus, men også fordi det er kostbart å ha varer liggende lagret. Varene er ofte allerede betalt og vil ikke innbringe fortjeneste før de selges videre. Derfor vil en innehaver av et varelager være opptatt av at det opprettholdes en viss omløpshastighet for varelageret. Dette kan oppnås gjennom å motta suksessive leveringer av mindre kvanta isteden for eksempelvis én stor leveranse per år. I de tilfeller der kommisjonæren mottar suksessive leveringer blir det nødvendig å skille mellom varer som er på lager ved pantsettelsen og de som overleveres i ettertid. Det er kun varer som er på lager ved pantsettelsen som omfattes av bestemmelsens ordlyd.

Det kan medføre vanskeligheter å fastslå hvilke varer som ble overgitt på hvilket tidspunkt, og følgelig hvilke varer som er forføyret over ved varelagerpantsettelse og hvilke som ikke er det. Varelagerpant er konstruert som et tingsinnbegrep, og partene vil som regel ikke holde rede på hvilke konkrete varer som omfattes av pantet. Rettstekninske hensyn taler derfor for at de varer som er overlevert før pantstiftelsen og de som er overlevert i etterkant bør behandles likt.¹⁰¹

På bakgrunn av disse individualiseringsproblemer, og også de problemer som reiser seg omkring forføynings-vilkåret, må det kunne hevdes at kml. § 54(2) første punktum ikke er godt egnet til å regulere forholdet mellom kommittent og pantthaver ved varelagerpantsettelse. Ekstinksjonsregelen bør derfor forkastes. Dette får den virkning at kommittentens separatistrett ikke vil falle bort i de tilfeller hvor kommisjonæren pantsetter sitt varelager.

En slik løsning vil ikke være urimelig overfor varelagerpanthaver. Varelagerpantet er jo et tingsinnbegrep, hvor panteobjektet nødvendigvis ikke omfatter de varer som var på lager ved stiftelsen av pantet. Dermed vil ikke kommittentens separatistrett medføre et stort innhugg i panthavers berettigede forventninger.

Konklusjonen blir dermed at pantsettelse av kommisjonærens varelager ikke medfører at kommittentens separatistrett faller bort.

¹⁰¹ Se Kjelstrup i LoR 1987 s 354

En ytterligere problemstilling kan imidlertid reise seg ved varelagerpant. Det kan oppstå en konflikt mellom kommittent og varelagerpanthaver der panthaveren 'tiltrer sitt pant'. Tiltredelse vil si at panthaver realiserer pantet ved å selge pantegjenstandene til dekning av pantegjelden. I disse tilfeller vil ikke kommittenten kunne kreve varene overlevert av panthaver, da disse er solgt. Kommittenten vil derimot kreve overlevert pengesummen som salget av varene innbrakte. Dette blir et spørsmål om kommittentens separatistrett til midler som trer i stedet for varene, altså surrogater. Som det fremgår av innledningens punkt 1.2 har jeg måttet avgrense mot å behandle problemstillinger knyttet til surrogater. Jeg vil derfor ikke forfølge denne problemstillingen nærmere.

4 Litteraturliste

Andenæs, Konkurs	Andenæs, Mads Henry. Konkurs. 2 utg. Oslo 1999
Arnholt, Avtaler.	Arnholt, Carl Jacob. Privatrekt II avtaler. Oslo 1964
Bergli, Leverandørenes separatistrett	Bergli, Håvard. Særavhandling, Leverandørenes separatistrett i varer bestemt for videresalg: kommittentens eiendomsrett etter kommisjonsloven § 53 sett i lys av ugyldighetsregelen for salgspant i panteloven § 3-15(2). Høst 1996
Brækhus, Pant	Brækhus, Sjur. Omsetning og kreditt 2: pant og annen realsikkerhet. 2 utg. Oslo 1994
Brækhus/Hærem, Tingsrett	Brækhus, Sjur. Norsk tingsrett. Sjur Brækhus, Axel Hærem. Oslo 1964
Brækhus, Realkreditt kontra personalkreditt	Brækhus, Sjur. Realkreditt kontra personalkreditt. JV 1976 s 205
Brækhus, Konkurs og	Brækhus, Sjur. Materiell konkurs- og eksekusjonsrett. 4 utg. Universitetsforlaget 1968
Eckhoff Rettskildelære	Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 4 utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo 1997
Falkanger, Tingsrett	Falkanger, Thor. Tingsrett. 5 utg. Oslo 1999
Hov, Avtalerett	Hov, Jo. Avtalerett. 3 utg. Oslo 1993

Kjelstrup i LoR 1987	Kjelstrup, Carl-Bernhard. Omfatter varelagerpant varer som pantsetteren har i kommisjon? LoR 1987 s 351-354
Krüger, Kontraktsrett	Krüger, Kai. Norsk kontraktsrett. Bergen 1989
Lilleholt, Knoph	Lilleholt, Kåre. Knophs oversikt over Norges rett. 11 utg. Oslo 1998
Lindebrække, Eiendomsrett	Lindebrække, Sjur. Eiendomsrett og konkursbeslag. Bergen 1946
Norsk lovkommentar	Norsk lovkommentar 2002. Bind 1. 4 utg. Oslo 2002.
Sandvik, Handelsagentur	Sandvik, Tore. Handelsagentur og andre mellommannsforhold i varehandelen. Oslo 1971
Skoghøy, Panteloven	Skoghøy, Jens Edvin A. Panteloven med kommentarer. Oslo 1995
Skoghøy i JV 1991	Skoghøy, Jens Edvin. Betydningen av etablert forretningspraksis ved avtaler om kreditt og kredittsikring, JV 1991 s. 1 ff.
Sæbø i LoR 1996	Sæbø, Rune. Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs. LoR 1996 s 123-141
Woxholth, Avtaleinngåelse	Woxholth, Geir. Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning. 3 utg. Oslo 1998

Dommer

Norsk retstidende

Rt 1878 s 417

Rt 1892 s 24

Rt 1912 s 263 (Jernskrapdommen)

Rt 1932 s 814

Rt 1935 s 122

Rt 1935 s 981 (Bygland- dommen)

Rt 1963 s 109 (Scooterdommen)

Rt 1981 s 619

Rt 1985 s 309

Rt 1987 s 376

Rt 1992 s 438 (GMAC- dommen)

Rettens Gang

RG 1939 s 585

RG 1969 s 68

Lover

Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27

Lov om pant av 8. februar 1980 nr. 2

Lov om kommisjon av 30. juni 1916 nr. 1

Lov om godtroerverv av løsøre av 2. juni 1978 nr. 37

Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59

Forarbeider

NOU 1993: 16 Etterkontroll av konkurslovgivningen

Ot. prp. nr. 7 (1916) Om utfærdigelse av en lov om kommission, handelsagentur og handelsreisende.

Sivillovbokutvalets Rådsegn 8: Om pant (1970)

Ot. prp. nr 39 (1977-78) Om pantelov.

Innst. O. nr. 19 (1979-80) fra justiskomiteen om pantelov og lov om endringer i lov av 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning og i en del andre lover.

Forkortelser

Innst. O. : Innstilling til Odelstinget

Ot. prp. : Odelstingsproposisjon

NOU : Norges offentlige utredninger

Rt : Norsk Retstidende

RG : Rettens Gang

